



## 刑事司法精神鑑定の研究

日本における制度の生成と展開

### THE STUDY OF PSYCHIATRIC EXPERTISE

### IN THE CRIMINAL LEGAL SYSTEMS;

### THE TRANSPLANTATION AND DEVELOPMENT IN JAPAN

May 11, 2010

滝本 シゲ子 (Shigeko Takimoto)

大阪大学大学院国際公共政策研究科 (OSIPP) 後期博士課程

Ph.D Candidate, Osaka School of International Public Policy (OSIPP)

【キーワード】 精神鑑定、鑑定、科学裁判、狂気の歴史

【要約】 刑事司法領域における精神鑑定研究は、ここ数十年におよぶ停滞状況から抜けていない。その理由は「鑑定の要否」「鑑定の採否」「鑑定結果の拘束性」といった古典議論が、「科学的知見による裁判官の自由心証主義への合理的制御」といった視点から開始されたものであることに由来する。精神鑑定の「適正化」のためには、まず真に鑑定に関して問題となることは何かを歴史研究から抽出し、問題設定の転換を図ることが重要であると考え。本研究を含む一連の精神鑑定研究の結果として、①鑑定人選任過程の可視化・手続化や②裁判官の証拠説明規定の創設、③精神鑑定の「性格証拠」としての採用の否定、そして④国際準則による専門家の司法共助の適正運用等、新しい問題設定が可能となった。

---

〒573-1118 大阪府豊中市待兼山 1-31 大阪大学大学院国際公共政策研究科

Email:s-takimoto@osipp.osaka-u.ac.jp

本研究は、2010年4月23日付本学研究科村上正直教授の承認のもと公表する。

本稿内容に関しては全て著者に帰責する。

## 序論 問題の所在

精神鑑定は刑事司法鑑定一般の中にあつて特殊な位置にある。つまり精神鑑定にはそれ以外の鑑定一般にはない論点を有しているというだけではなく、鑑定や手続法の一般的な議論ですら極めて先鋭化した形で顕在化しているからである。他方で、だからこそ、初期の問題設定により、その後の議論状況が大きく影響を受けがちなものであったといえる。まずは、これまでの精神鑑定をめぐる議論がどのようなものであったかを整理しなければならない。

戦後、誤判・冤罪事件を契機として裁判官の自由心証の行き過ぎが批判され、その合理的制御の必要性が意識されてきた。こうした意識を出発点として現代的意義においての科学裁判・科学鑑定(例えば DNA 鑑定のごとき)の重要性を根拠として精神鑑定研究の必要性を説くものも多い。<sup>1</sup>

戦後、刑事司法の改革は大きく次の 2 方向に展開されたといつてよい。それは第一に、科学的知見それ自体を現実の裁判制度の内部に組み入れ、「科学裁判」の実現をめざす方向であり、第二に、参加するべき者をすべからず参加させるという意味での「民主性」を法制度と法理論の中に実現しようとする方向であった。

このうち、第一の方向性、つまり「科学裁判」を実現しようとする努力のうちに、「鑑定」を取り巻く諸問題は活発に議論されたのであった。この「科学裁判」の実現は一つの思想を共有しつつ進められた。つまり①科学的知見により導かれた事実は常に客観性を持つものであり、②司法制度は、この科学的知見を科学鑑定という形で制度内部に取り込み、「証拠」とすることによって科学が有するとされる客観性を享受するため、③客観的な裁判を実現することは科学裁判の実現に他ならない、という思想であった。

しかし、上記のような出発点から進められた研究は、精神鑑定固有の問題状況を看過していたがために、「あるべき鑑定制度」構築のための議論を経ることなく、「鑑定」制度が持つ裁判上の機

能についての議論に終始した。そして、その結果として、急速に法学者たちの議論の枠外に置かれるようになったのである。

精神鑑定にかかる議論の特殊性は、次のような点にある。

つまり「鑑定の多くは事実認定のための証明手段として行なわれるものであって、鑑定結果それ自体が直ちに法的判断の対象となるものではないのに対し、責任能力判断のための精神鑑定にあっては、鑑定結果が直接的に法規範評価の対象となる」<sup>2</sup>ことに由来する特殊性である。したがって被疑者・被告人の責任能力に関する鑑定人の評価と裁判官の評価は正面から対立しうる関係にあり、精神鑑定人はその本質において裁判官の補助者を越えた地位におかれうる可能性を内包したものである。精神鑑定が、裁判官の自由な心証を制御することは不可避であり、それは精神鑑定に伴う当然の「現象」といってもよい。ここから鑑定の持つ「自由心証主義への合理的制御」といった機能論的理念が導かれうる。これまでの「鑑定」をめぐる議論は、国家刑罰権の濫用の抑制といった刑事訴訟法の目的の延長線上で、こ展開されてきたことが、そもそも鑑定制度に内包される問題性を看過させる原因でもあった。

鑑定にかかる海外の学説や実務が紹介され国内で議論され始めたのは 1960 年代から 1970 年代であった。しかしながら 1970 年代以降、こうした鑑定の機能論的議論はさしたる進展をみないまま今日に至っている。その理由の一つは、上記のような抑制機能論から議論が出発したことにあるのではなかろうか。つまり鑑定手続の議論が(それが鑑定の要否についての議論であれ鑑定結果の拘束性に関してのそれであれ)「鑑定が裁判官の意思判断を拘束する(もしくは「しうる」)ものかどうかといった鑑定の副次的機能について始められたからに他ならないのである。

これと関係して「鑑定」議論低迷のもう一つの原因は、最高裁の昭和 58 年 9 月 13 日決定・昭和 59 年 7 月 3 日決定にある。これらの決定はいわゆる「コンベンション」を否定し、「鑑定」議論のうちの特に鑑定の拘束性の議論に対しひとまず否定的な方向性を示したものである。かつては人権保障機能・国家刑罰権抑制機能・自由心証主義制御機能を持つものとして近代司法システムのうちに「発見」された科学鑑定が、科学裁判の名のもとで追求された理想に沿って「機能」するものでは

「ない」ことが、これらの最高裁決定によって確認されたのである。ここにおいて、日本における鑑定をめぐる議論は急速に後退させられることとなった。昭和 58 年および 59 年決定以後の研究が「停止」したのは、このためである。

ここで再度精神鑑定も含む「鑑定」について法解釈論から離れたところから素朴な問いかけを試みたい。つまり「鑑定とは誰(何)の為にあるのだろうか」という質問である。

まず、「鑑定は誰(何)のためにあるのか」、という問いかけに対して、想定されうる「誰(何)」は次の5つである。裁判官、被告人、検察官、真実、裁判制度がそれである。「鑑定は裁判官のためにある」という答えは、裁判官の補助者としての鑑定人という地位に合致したものであろうし、「鑑定は被告人のためにある」という答えは、複数鑑定が競合する場合の「疑わしきは被告人の利益」の法理に近似してこよう。さらに「鑑定は検察官のためにある」という答えは、起訴前鑑定への批判の中に見出せるし、かつ前近代的な法制度を批判的に揶揄する言葉のようにもみえる。「鑑定が真実(の発見)のためにある」というのは、おそらくは鑑定実務創成期の出発点でもあろうが、今では過度の真実主義とも、科学至上主義的な見解とも批判されよう。そして最後の答えである「鑑定は裁判制度のためにある」こそが、先に述べた諸学説の位置であった。

確かに鑑定は、理想的な司法の運用のために存在するという側面がある。しかしながらその機能論的な議論に取り掛かる前に、そもそも鑑定(刑事精神鑑定)はどのようなものであるべきかという議論が欠如していたのではなかろうか。「あるべき鑑定」の要件とは何かという視点が、従来の鑑定に関する議論が十分に展開されていなかったのである。鑑定がこうした要件を満たして初めて裁判官の判断に資する機能を持ち、被告人の利益ともなり得、そして裁判制度自体の適切な運用を保障する機能を発揮しうるのではないかと考える。そしてそれは鑑定全般に妥当する要件でありながら、特に精神鑑定の議論の中に鮮明に見出される。その理由はおそらく精神鑑定が社会的弱者を対象として、弱者の弱者たる所以の中核を鑑定の対象とするからに違いない。

本稿において検討するのは、まさにこの「あるべき鑑定」と、そのための要件は何かということである。そして、本稿では、そうした要件を模索する過程で、戦後の法学研究の原点ともいえるべき既述の2つの方向性のうち、鑑定制度に関してはこれまで重要視されてこなかった手続きの「民主化」の視点、つまりは「参加すべき者をすべからず参加せしめる」という視点こそが、鑑定制度をめぐる閉塞状態の突破口ともなりうる鍵概念なのではないかと考えたのである。

本研究(DP-2010-J-003 および DP-2010-J-004)は「鑑定」の持つ多面性に再度接近するために、2つの試みを行った。第一に鑑定手続のみならず、鑑定をめぐる諸制度全体を研究の対象とした。つまり実体法、手続法、処遇といった刑事責任無能力者不処罰の制度の一連の流れを有機的に捉えることを目的とした。第二に歴史的方法、解釈論的方法、そして比較法的方法を並列するのではなく、それらを研究の必要に応じて行った。つまり、歴史的方法から上記制度の本質的問題を抽出し、現在の解釈論的議論からその問題の解決法を模索し、そこに欠けた議論について比較法、特にフランスの法制度の中に解決法を見出すべく、フランス刑事司法精神鑑定をめぐる議論を詳細に検討した。

第1章では歴史的記述的方法によりながら、「鑑定」をめぐる諸制度の展開を検討した。その中でまず「あるべき精神鑑定」の前提となるのは触法精神障害者の処遇である。この精神障害者処遇が如何に社会情勢に左右されやすいものであったかを明らかにし、触法行為を行った精神障害者処遇には一段厳格な手続と人権侵害を最小限に食い止める環境整備が必要であるという見解を確認した。そのために必要なものは触法精神障害者関連法規を人権保護法として精錬することと併せて、触法精神障害者が裁かれ処遇を受ける客体として捉えられるだけでなく、主体として手続に組み込まれることが必要であるとの見解に至った。

また次いで鑑定人の自律性こそが、鑑定の客観性の重要な要件であるとの結論に至った。それではその自律性は何によって担保されるのかということが問題になる。鑑定人の自律性は、専門家および専門家集団がいかなる外部権力からの拘束も受けず自らの専門家としての良心にのみ基

づき行動し発言することを内容とする。しかしながら、そこには専門家個人ないしは集団の自治権を理由としている限り外部からの監視を許さないという問題点がある。自律的であるがゆえに、その自律性が保たれているかどうかとも自律性の内部に解消されてしまうのである。それでは、外部から鑑定人の自律性を保障するものは何かという問題がさらに提起されることになる。

次いで第2章では、近時の鑑定手続の流れと鑑定をめぐる法解釈論を検討したうえで、そこで議論されたことだけでなく、議論されなかったことにも重要性を見出した。既に述べたように自由心証主義への合理的制御となりうる鑑定は理想ではあるものの、それが鑑定の理想的なありかたの全てではない。むしろこうした合理的制御は「鑑定の客観性」を保障する努力の中で副次的に実現するものであり、先に述べた歴史的研究の中で見出した鑑定人の自律性の保障に加えて、「鑑定手続への当事者関与」を保障する法制度が必要であると考えたためである。

## 第1章 刑事精神鑑定制度の歴史的展開

### 第1節 研究史的位置

歴史研究の足がかりとして、まず本研究の研究史的地位から出発したい。

わが国における刑事司法精神鑑定制度および触法精神障害者処遇制度を包括的に捉えた研究としては、池見猛氏(1962<sup>3</sup>、1966<sup>4</sup>)の研究が存在する。ここにおいて、刑法における責任能力概念、法律上における精神鑑定医の地位、さらに精神障害性犯罪の保安処分に関する史的考察がなされており、意欲的な文献検索と各種精神疾病と犯罪の個別的検討などが特徴的であるものの、犯罪と精神障害の相関性および精神障害の遺伝を理由とする断種を強調、刑法改正案理由書提出以降の時期を「保安処分時代」とするなど、この研究自体も歴史的史料として検討すべきものである。

次いで、加藤久雄(1980)<sup>5</sup>の論稿では、精神障害者をめぐる現代的争点が精神障害者の取り扱いに関する歴史と関係するとして、明治時代以降、精神衛生法成立期(1868年から1950年)にわたる、わが国の精神障害者法制発展の歴史研究を行っている。ここで加藤教授は「治療を必要とする病者が治療とは無縁」のところで取り扱われてきたことがわが国における「精神衛生対策のアキレス腱」であると指摘している。わが国における触法精神障害者処遇研究の大勢はこの視点からすすめられており、加藤教授もまた右視点から出発しながら、「責任」から切り離れた「予防」を処遇の内部に解消する方向で独自の展開をみせている。

更に精神医学領域からは、中谷陽二(1996)<sup>6</sup>の論文では、精神医療法制史を、特に保護者制度の変遷という視角から検討している。ここでは右問題の現代的問題の原点として、明治33年精神病者監護法の特異な性格、つまり私宅監置というその前近代的処遇制度について言及するだけでなく、明治33年精神病者監護法下の「監護義務者」制度から、精神衛生法下における「保護義務者」制度の比較研究を通し「法が変わることなく医療環境が激変したために、制度が果たす機能に歪みがきたした」ことを指摘している。

さらに、精神医学者の中上皓(1999)<sup>7</sup>もわが国および西洋の精神鑑定発達史について概観している。中上教授は、精神鑑定を取り巻く現代的な課題を分析するにあたって、西欧における古代法からわが国における精神医学関連立法及び関連書籍の詳細な紹介を起点としているが、「精神鑑定」の歴史的変遷とその現代的諸課題の間の概念的連関については検討の対象としていない。ここにおいても「精神鑑定」の歴史的記述は「前史」の域を抜けていない。

また近時では、社会学の領域からは、芹沢一也(2001)<sup>8</sup>が、大正期を中心とした、わが国における法と精神医学の関係を研究の対象にしている。彼は、刑事・精神医学・社会保障・政治思想(特に民本主義)各領域の史料を素材として、緻密な言説分析を通し、日露戦争後のわが国における「犯罪者」「精神障害者」「貧困者」といった社会的他者を排除する権力装置を解明することにより、大正期の民本主義が統治主体ではなく、統治の客体である民衆を可視化する全体主義の起源であったことを論証した。

上記の諸研究以外に精神鑑定制度史に関する記述は、記念誌的文献<sup>9</sup>しか存在せず、日本の刑事司法精神鑑定制度史研究は大きく立ち後れているといわねばならない。

他方で諸外国における刑事司法精神鑑定制度および触法精神障害者処遇制度を対象とする研究が、わが国と比較すると相対的に活発であるのは、70年代からのフーコーFoucault (1926-1984)の諸研究<sup>10</sup>の影響であろう。「狂気の歴史」に関する一連の海外における研究は、主に医学が司法領域の進歩に与えた影響から論じられる。<sup>11</sup> しかし、精神鑑定それ自体の社会における機能を検討したのは合衆国の歴史学者ハリス Harris (1989)<sup>12</sup>であった。後に詳しく検討する(第2部第1章第2節)が、彼女は19世紀末のフランスの社会の中で、医師という職業集団が法廷と政治的活動を通して、いかに機能しいかなる動態を持ったかを分析している。次節では明治期の日本に導入されたドイツ精神医学の展開を概観した上で、ハリスがその研究の射程とした時期のフランスにおける司法と医学の相互関係を見て行くことも、本研究の主要な前提的考察である。ハリスの研究を再検討することは日本に最初に移植された刑法がフランス法の影響を受けていたためだけでなく、医師という職業集団が同時代のフランスではどのような役割を担っていたかが、同時期における日本の同様の職業集団との比較を為す上で意味がある。

## 第2節 明治期前の状況

明治前の触法精神障害者に関する法制度のあり方と触法精神障害者の処遇、および医学領域での精神疾患ないし精神障害者の取扱がどのようなものであったかを検討することは、明治期以降にわれわれが直面する諸問題を理解するために重要であるだけではない。それは触法精神障害者への刑罰と、その精神状態を認知する努力、さらには医師という専門家集団がいかなる要請のもとで刑事手続にあらわれたかについて考察する際にも、また意味のある作業なのである。なお本章で扱う範囲は、議論の関係上主として近世における触法精神障害者への対応のそれに限定することとする。<sup>13</sup>



## 第1項 触法精神障害者に関する法制度

まず、徳川時代以前の諸法規および諸史料にみられる責任能力規定と精神障害者処遇について概観する。

### 1 上代

まず精神障害者の刑事責任能力についてみると、上代より前の記録は存在せず、古くは上世において、701年(大宝元)年に完成し翌年施行された「大宝律令」と、ほぼこれを伝存する718(養老2)年完成、757(天平宝字元)年五月施行の「養老律令」に特別の規定がおかれ、精神障害者を含む障害者は刑の減軽の対象とされたとされた。しかし「大宝律令」および「養老律令」は現存せず<sup>14</sup>、具体的にこのような精神障害者関連法規がどのようなものであったについては、833年に編纂された養老令の官撰注釈書である「令義解」から窺うことが出来る。大宝律令は保元平治の乱にいたるまで国法として機能していたが鎌倉時代以降はその効力を朝廷及び公家の所領に限定された。

したがって、ここでは「令義解」において、精神障害者がどのような法的地位を与えられていたかを確認したい。障害者の定義・分類については「戸令第八」に定められていた。

【令義解 卷二 戸令第八】<sup>15</sup>

(旧字の一部は新字に改め、解説については必要に応じて引用する。括弧内は解説文)

凡戸主皆家長為之。戸内有課口者。為課戸。無課口者。為不課口。(不課。謂皇親。及八位以上。男年十六以下。并蔭子。耆。癡疾。篤疾。妻妾女。家人。奴婢。)

凡一目盲。兩耳聾。手无二指。足无三指。手足无大拇指。秃瘡无髮。久膿。下重。大癰疽。如此之類。皆為

残疾。癡。瘡。侏儒。腰脊折。一支癱。如此之類。皆為癱疾。惡疾。癲狂。二支癱。兩目盲。如此之類。皆為篤疾。

九年八十及篤疾。給侍一人。九十二人。百歳五人。(中略)其篤疾十歳以下。有二等以上親者。並不給侍。

このように、精神障害者は篤疾者に分類されており、篤疾者と廢疾者は身分の高い者と併せて「不課」として、いずれにも税が課されないこととされていた。また、「癲狂」には、年齢が 80 歳以上 90 歳未満の老人と同様に侍丁一人を給することが明文化されてるように、<sup>16</sup> 仁愛主義に基づき様々な特権が与えられていたようである。

また、刑事法上も健常者と異なった扱いを受けていた。まず、総論である「名例律第一」に、精神障害者を含む「篤疾者」は、必要的に死刑となりうる反逆罪や死刑に相当する殺人を犯した場合でも、その処分は「上請」し、上位の官吏の決定により裁量的に刑が減輕される可能性があったとされる。

各論においては、「賊盜律第七」では、「謀反及び大逆せらば皆斬」としながら、80 歳以上の老人と「篤疾」は「並びに免せ」と規定しており、刑の減輕が必要的に行われているようにみえる。さらに刑罰の執行を定めた「獄令第二九」をみると、獄舎内では刑具を用いないようにするといった、特別の取扱を受け、廢疾者は流刑以下の罪を犯した場合、追放刑や身体刑を科さずに罰金刑へと刑が減輕された。<sup>17</sup>

上代、つまり太平の世にあつては、触法精神障害者は刑の一定の減輕が予定されており、刑の執行に際しても特別な扱いを受けていた。これは儒教的な仁愛思想に基づき行われていたものであり、後の中世、近世以降も禁裏御領においては、律令から発達した「公家法」が適用された。

### 3 中世・近世前期

中世前期において、貴族階級の台頭により、日本国中に荘園が多数点在するようになると、不入の権、つまり国家刑罰権を排除し独自の裁判権・刑罰権を行使する制度が確立するにいたる。したがって、法領域においては、前述の「公家法」が荘園における「本所法」と並列していたのである。中世後期から近世前期には、さらに「本所法」の後身である「幕府法」と「分国法」の対立もみられ、中世の法は公家法・本所法・武家法(幕府法・分国法)の三法系が認識される。法を参照する際に本所法・武家法に成文もなく、慣習法も存在しない事項は律令とその後身たる公家法によるとされた。<sup>18</sup> この時代の触法精神障害者の刑の減免に関する規定は見当たらない。「公家法」においては、律令時代とほぼ同じであったと考えられるが、「本所法」ではどのような規定が置かれていたかは判然としない。中世から近世前期まで(つまり、徳川時代初期まで)の刑事法規定には精神障害者に関する規定はみあたらず、後に検討する日記類からわずかに触法精神障害者の軽罪に関する処罰が散見されるのみである。鎌倉時代の1232(貞永元)年制定の「御成敗式目」にも、刑事責任能力に関する規定は置かれておらず、幕府法下における触法精神障害者の取扱は判然としない。

1526(大永6)年制定の『今川仮名目録』の刑事責任に関する条文には、未成年者の犯罪に対する不処罰が述べられている。この『今川仮名目録』は、鎌倉時代(文永頃)の北山本門寺文章の未成年者の犯罪処分についての記述を踏襲したとみられることから、鎌倉時代の幕府法は未成年者の犯罪は不処罰としていたことが推察できる。しかしながら、触法精神障害者の処分に関してはやはり空白のままである。

次いで、近世前期の分国法について述べたい。先にふれた『今川仮名目録』およびこれを踏襲したとされる、1547(天文16)年制定の分国法『甲州法度之次第(信玄家法)』においても、やはり触法精神障害者の処罰については規定が置かれていない。<sup>20</sup>

近世前期の分国法においても、触法精神障害者に関する規定はみられず、実際の触法精神障害者の処遇については、当時の日記から僅かに窺うことができるにすぎない。

まず、醍醐寺座主でもある三宝院住持の満濟(1378－1435)『満濟准后日記』では、1427(応永

34)年正月 22 日に宰相中將が聞いた話として精神障害者関連の事件が掲載されている。事件の内容は、同月 17 日に宮中内で謎の奇声が聞かれるようになり、27 日に土佐の将監の甥が発狂して宮中で奇行に及ぶことが判明、天皇の知るところとなった。この「土佐の将監の甥」のは一時「籠」に入れられたが、最終的には親類である土佐将監に預けられるという処分がとられている。<sup>21</sup>

次いで室町時代の公卿・甘露寺親長（1424―1500）『親長卿記』中の 1483（文明 15）年 5 月 1 日付けの「あと聞」とされる記述で、鴨前禰宣裕久県主が精神障害に罹患し、男を傷害し実継母を打った事件が紹介されている。この事件は同月 14 日に「奏聞」され、同月 20 日には裕久を隠居させるとの処断が下されている。<sup>22</sup>

### 3 近世後期

徳川時代になると、御定書百箇条第 78 条により、明文上、触法精神障害者は「乱心者」として特別の扱いを受けるようになった。しかしその処遇は江戸期を通じて一貫していたとはいいがたく、時代・犯罪の種類・当事者の身分関係によりその扱いは異なっている。

以下では(1)1742(寛保 2)年御定書百箇条の成立前の触法精神障害者の処遇、(2)御定書百箇条制定以降の法規の運用の順に検討して行く。

#### (1)御定書百箇条制定前の触法精神障害者の処遇

殺人に関して、寛文以前(1672 年以前)には宥免願により刑が全て免じられたのに対し、延宝以降(1673 年以降)は全て死罪が下されていたように、御定書百箇条以前の触法精神障害者への対処方法には、大きな断絶が存在するといえよう。ここで、政策上どのような転換が図られ、のちの御定書百箇条に受け継がれていったかを『徳川禁令考』に登載された単行法令と『御仕置裁許帳』にみられる諸判決例を中心にみてゆきたい。

触法精神障害者に関する徳川時代最古の判例は、『御仕置裁許帳』に登載された 1657（明暦 3）年の判決例であった。これは、精神障害者が弟を含む 4 人を切りつけ傷害した事件で、被疑者は牢舎に勾留されたうえで死罪とされており、幕府は厳罰をもって触法精神障害者を処分している。

<sup>24</sup> さらに 1657(明暦 3)年から 1698(元禄 11)年に属する判決例が数例登載されている。いずれも乱心した者が女房や子どもを切り殺し、あるいは他人に手傷を負わせた事件である。これに対し被疑者側の親戚や 5 人組あるいは傷つけられた相手方が赦免を願い出て、聞き届けられている。主殺や親殺の場合については確認できていないが、高柳真三(1976)は宥免願が聞き届けられることなく厳罰が下されたのではないかと述べている。<sup>25</sup>

一方で、1674(延宝 2)年から 1698(元禄 11)年までの判例では、女房を殺した者は死罪(判決録・事例番号 326、327、328)、1593(元禄 2)年には親殺しは磔(同・事例番号 90)となっている。(○『御仕置裁許帳』のページ数それぞれ引用)

また、主人を傷害した場合の扱いは、1678(延宝 6)年に主人他 3 人に切り付けた男が死罪に、また貞享 2 年の例では「乱気」して師匠に手傷を負わせた弟子が、さらには、1686(貞享 3)年に主人他 2 人を傷害した男が死罪になっている。

また、女性の犯罪については、1677(延宝 5)年に母親に切り付けた女が磔に(同・事例番号 99)、1691(元禄 4)年の事件では母と娘を殺した乱気の女が磔となったうえ、縁座として息子が獄門となっている。(同・事例番号 100)

つまり、目上の者や親族殺は依然として厳罰を以て処されたのである。しかし他方では、乱気して親を打ったり夫へ斬りつけたりしたが、殺すに至らなかった者が、親類その他による宥免願により刑を免れている事例もみられるため(同・事例番号 330、97)、延宝から元禄の間にあっても、触法精神障害者の処分は一律になされたものではなかったといえる。延宝以降の厳罰化の流れは後の行刑条例にも確認される。しかし、延宝以降でも二度の転換を見出すことができる。

例えば、1717(享保 2)年 10 月書付では、触法精神障害者の犯罪も一般の者のそれと区別することなく下手人とするよう指示しており、元禄以前のように乱心者の殺人に対して特別な考慮を払うことはなくなった。<sup>26</sup>さらに、この 1717(享保 2)年の書付に対する 1721(享保 6)年の但書では、主殺・親殺・火附の場合には死罪、自害した場合は死骸を塩詰めにする事なく「之捨」とされ、遺体処分は親族等関係者に委ねられている。<sup>27</sup>

その後、触法精神障害者の処遇は再び寛刑化が図られている。1738(元文 3)年極として後に御定書百箇条の「乱氣に而人殺之事」第一項に収められた法令では、触法精神障害者の処分は原則死罪としながらも、場合により宥免願を認めるという特則を設けた。

このように、1717(享保 2)年および 1721(享保 6)年の書付、および 1738(元文 3)年の書付が御定書百箇条「乱氣に而人殺之事」第一項に収められ、前掲 1734(享保 19)年の判決例<sup>28</sup>が同第 2 項に、火附は死罪とした 1721(享保 6)年書付は、1740(元文 5)年に改正され、その内容はそのまま同第 3 項に収録されたのである。<sup>29</sup>

## (2)御定書百箇条以降

次に御定書百箇条における精神障害者の犯罪に対する処遇は、それ以前の裁判例や単行法令の修正であった。その第 78 条「乱氣ニ而人殺ノ事」(○規定引用)の内容は以下のようなものであった。

### 【御定書百箇条】

#### 第七八条 乱氣にて人殺之事

(享保六年極)(元文三年極)

乱心にて人を殺し候とも下手人になすべき候、しかれども乱心の証拠が確かにこれ有る上、殺され候ものの主人並びに親類等が下手人御免の願い申すにおいては、詮議を遂げ相伺いべく事(享保六年極)

但し主殺し親殺しといえども乱氣紛れなきにおいては死罪、自滅いたし候はば死骸は取り捨て申すべく事

(享保十九年極)

乱心にて其の人より至って軽きものを殺害いたし候はば、下手人に及ばざる事(寛保二年極)

但し慮外者を切り殺し候時、切り捨てになり候ほどの高下(身分差)と心得べく事

乱心にて火を付け候もの、乱氣の証拠が不分明においては死罪、乱心に紛れなきにおいては押し込め置き候よう親類どもへ申し付けべく事

乱心者でも人を殺すと原則として下手人である。だが殺人者の乱心の確証があるうえ、被害者側の主人ならびに親類等から下手人有免の願い出があれば、詮議を遂げて願いを認めることもあった。しかし、被害者が加害者の主人あるいは親であれば、加害者が確実に乱心者であっても有免願は認められないばかりでなく、死罪に処されている。ただしこの場合の死罪は健常者が同様の犯罪を犯した場合よりも軽い死罪であったが、「下手人(付加刑を伴わない斬首)」よりは一段重いものであった。

しかしながら、上記の扱いには次のような例外があった。もしも被害者が加害者よりはるかに身分が軽い場合、加害者は死罪(下手人)とはならなかった。この場合の「身分の軽い者」とは、慮外者として切り捨ての許される程度の者であった。つまり第 71 条「人殺し并疵付等御仕置之事」は「足軽体に候とも、軽き町人百姓の身として法外の雑言等不屈きの仕形、止むを得ず切り殺し候もの吟味の上、紛れ無きにおいては、構えなし」との規定にみられるように、加害者は足軽程度でも構わなかったようである。このような例外を作った事情は「科条類典」によると 1733(享保 18)年の判例<sup>31</sup>によるとされている。<sup>32</sup>

「乱心者」の放火については、「乱心の確証」があれば親類の許に「押し込め」(私宅監置)られた。しかし「乱心の確証」がなければ、通常人の放火が火罪に処せられるのに比べれば軽い執行方法ではあるものの、死罪を免れることは出来なかった。

それでは、実際に御定書百箇条のこの条文はどのように運用されていたのであろうか。享保 6 年戸町奉行所の書上では、御定書成立以前にも乱心者に対して江戸町奉行所で特別の保護措置が採られていた。<sup>33</sup>しかしながら、1731(享保 16)年の書付では、乱心者に有免願いが出される場合、賄賂等で乱心の証拠を不明確にするものがあつたため、これを戒め、「乱心の確かな証拠」があることを要している。ここにおいて精神障害の証拠を求めるという発想が、刑罰回避のための詐病を見極める必要性から生じたことが分かる。このような事情で精神障害の証拠を求める手続きが、1738(元文 3)年極の有免願の規定に含まれたとされる。逆に、1744(延享元)年 12 月の仕置例では、乱心の証拠があるにもかかわらず、親類中の一方から有免願が出されながら他方が出さなか

った例が挙げられているが、最終的に老中の指図により解決している。もし宥免願を出せば出してもにかかわらず、これを出さない親類がいる場合は、奉行所で差し出すように勸説したものと考えられる。

しかし、宥免願が提出されてもこれが認められない事例も存在した。「御仕置例類集」1800（寛政12）年の例では、勤務中の武士が乱心して傍輩を殺害した事件について記されているが、これは公務中であつたことが原因と考えられる。

また、乱心者の親殺しは死罪だが、傷を負わせた場合も死罪と、尊属に対する罪は厳罰を以て処されたことが分かる。乱心して兄や姉を殺した場合も死罪であり、また、乱心者がいたって身分の軽い者を殺した場合はやはり下手人としなかった。1786（天明6）年の事例にもそれが示されている。

乱心者の放火は1721（享保6）年には死罪と定められていたが、乱心の証拠が確実な場合は親類押込（私宅監置）、不確実な場合は既出のように死罪であつた。御定書制定前の1734（享保19）年に遠島とした例があり（「科条類典」）、1743（寛保3）年の御仕置例では御定書の適用で親類押込の差図がなされていた。しかし例外的に1734（享保19）年の先例にならった判例もあり、1796（寛政8）年には遠島、1799（寛政11）年にも遠島、さらに1808（文化5）年にも遠島といった刑が科されている。これらは乱心というよりも「愚昧（知的障害）」のための犯行であると認められたため、御定書の規定に適合しないとして遠島にされた可能性がある。「愚昧」には御定書に明文がないが、判例により、遠島が慣習的な刑罰となったようである。これら「愚昧」は再犯の危険性をいつまでも有する者と考えられたものとみえ、赦律の第18項「附火いたし候もの之事」の条には「其余大人愚昧ノ附火等ハ赦免難成事」と規定され、一生を流人として過ごさなければならなかった。こうした「愚昧」の流刑については社会防衛的政策の一貫として見ることができよう。



### (3)「乱気」の認定

これまで見てきたように、明治前の時代において精神障害の証左を示すことの目的は、詐病の排除であった。このことは 1731(享保 16)年の書付から 1738(元文 3)年極の宥免願の規定に明文化された経過から理解しえよう。

律令では寛大な扱いを受けていた触法精神障害者が、江戸時代以降、犯罪類型と身分関係によっては厳罰を処されたものの、被害者の宥恕願という手続きによって一部は刑の減軽が認められたということは、精神障害者とみなされることが、最も簡単な法の「抜け穴」として捉えられていたことを示している。

それに対し、「御仕置裁許帳」に「僉議」で普段から「乱気」であったことが認定されていることから理解しえるように「乱気」の認定に際しては、近親者などの証言や同心・奉行などの経験がその判断の拠り所であっただけでなく、「数」つまりはどれだけ多くの人びとが証明するのかが、重大な根拠となっていたと考えられる。

そうした中で例外的に専門家による精神状態の査定が求められるのは、後に述べる精神障害者の「入檻」の際に必要とされたものであった。そこでは医師の診断書が必要とされているが、それは「入檻」が財産争い等に利用されるのを防ぐためであった。

## 第 2 項 前近代における「精神医療」

### 1 医学

5 世紀以来日本における医学の主流が漢方(唐方)医学であったことは周知の事実である。江戸期以前のわが国において、最も体系的な医学書は永観 2 年(984)丹波康頼の手による『医心方』であった。ここでは、隋の巢元方が著した『病源候論』のなかでの精神病を、大発作を主症状とする

「癲」(今日いうところの癲癇)と精神状態を示す「狂」(精神病一般)に分類する論が紹介されており、それ以降も漢方医学の疾病概念として継承されて行く。<sup>35</sup> 16 世紀以降導入された洋方医学は、漢方医学と激しい政治的な対立を生じつつも大きな影響を与え、漢方医学の一部に折衷派を生じさせながらもそれを凌駕して近代に至る。

特に江戸時代、漢方医学の中でも臨床を重んじる、いわゆる寒傷論<sup>36</sup>がとねえられるようになる。その頃から徐々に精神病に関する記述も増えてくるようになるが、その中で精神病に対する興味は特に治療法の面での充実にあらわれてくる。鍼・灸法、桶伏せ<sup>37</sup>、薬物療法、按摩、精神療法(祈祷など)、水治療法<sup>38</sup>がそれである。とりわけ水治療法は成功を収めたとされ、具体的な治療法の乏しい洋方医学にも影響を与えた。その治療の場は専ら仏教寺院であり、精神障害者の収容施設の嚆矢とされる京都岩倉の紫雲山大雲寺(治療施設としては 11 世紀頃開設)など、明治以降も治療所として発達して行く施設が数多く見られる。<sup>39</sup>

漢方医学は上記のように、医療面で独自の発展を経験し、1819(文政 2)年漢方医土田獻が著した、日本最初の精神病の専門書である『癲癇狂経験編』はその集成というべきであろう<sup>40</sup>。

他方で洋方医学、特に蘭方医学における精神病についての記述は、主に西洋における医学の疾病分類および用語の紹介にとどまっている。蘭方医学は『解体新書』(1774)に象徴されるように当初は外科を主とし(紅毛外科)<sup>41</sup>、内科学が充実してくるのは 18 世紀後半から 19 世紀に入って以降である。精神病に関する記述としては、1792 年に宇田川玄随訳の『西説内科撰集』<sup>42</sup>における疾病用語の紹介(○)が蘭学に見る最初のものである。<sup>43</sup> 蘭方医学導入期以降のわが国において見るべき新しい治療法はなく、一般の治療は前述したような漢方医学の治方を基礎としていた。

## 2 職業集団としての「医師」

明治期より前の触法精神障害者をめぐる諸制度の歴史の中で、職業集団としての医師の地位は極めて興味深いものである。鎖国という特殊な環境下にあった当時の日本の

独自性と、洋の東西を問わず「医師」という高度に専門的な職業集団が持つ普遍性がそこに見

出すことができる。

漢方医学においては、医者の家系では世襲で代々医業を修めることが多く、薬の処方なども門外不出とされることが多かった。一方蘭方医学においては、1824(文政 7)年、ドイツ人シーボルト(Philipp Franz von Siebold)が長崎に設けた鳴滝塾を先駆とし、緒方洪庵が大阪に開いた適塾や、佐藤泰然による江戸の和田塾といった蘭方医学の教育機関は各地につくられる。そこでは医方の伝授のみならず、オランダ語、ドイツ語、フランス語、および英語といった語学研究・教育が盛んであり、明治維新前後から、例えば通訳といった医学以外の方面での需要にも応えた。

職業集団としての医師がいかなる社会的機能を果たしていたのかということに関してみると、一例として「蛮社の獄」にみられる蘭学者・医師の役割が端的に示している。蛮社の獄は、江戸幕府が渡辺崋山・高野長英・小関三英ら藩政改革を進める秘密結社「尚齒会」を天保 10(1839)年に幕府が弾圧した事件である。シーボルトの主催する鳴滝塾で学んだ高野長英らは蘭方医学の修行の傍ら欧州の知識・思想を学んだが、彼を含む当時の蘭方医たちは自らの専門知識と良心にのみ忠実にあることが時としては体制に反抗する結果になることをも熟知していた。その結果が「蛮社の獄」という疑獄事件として表面化したのである。わが国における医者という職業集団の特殊性について考えるとき、明治期より前に既にこうした形で特殊な地位が確立されていたことは注目に値するのではなかろうか。

そうした中で1858(安政5)年、蘭学者たちの協力で、江戸に彼らの漢方医に対する砦ともいえる種痘所が設立される。<sup>44</sup> 徳川幕府もこれを認め、種痘所は1860(万延元)年には官立となり、1861(文久元)年に西洋医学所、1863(文久 3)年には医学所と改称された。近代医学期<sup>45</sup>のはじまりである。医学所は東京大学医学部の前身となる。

### 3 明治期前の精神障害者処遇

江戸時代の文化・文政の頃には精神病に関する学説が諸家により唱えられるようになるとともに

精神障害者に対する監護処置も定められ、そのための施設もつくられた。そうした監護処置としては具体的には①入檻、② 入牢、そして③溜預けが挙げられる。

まず入檻については、これは個人の家の中に創られた「囲補理」、つまり「檻」に精神病患者をいれることであり、いわゆる「座敷牢」・「私宅監置」のことであった。これは明治期に入っても存続し、1952(昭和 25)年の精神衛生法制定まで続けられた、わが国の精神医療の原型をなすものであった。<sup>46</sup> 檻を設置し、精神病患者をそこにいれる際には、必ず年寄同心の監督をうけ、許可が必要であった。これには医師の診断書が添付されるのが通常だったとされ、こうした願いが出されると、掛の役人が檻を検分し、病人の病状を見て許可を決定した。

次いで入牢とは精神障害者が罪を犯して獄に投ぜられる場合と、精神病患者保護の責任を担っていた家人・家主・五人組の「入牢届け」によって入牢される場合の二通りが想定されていた。これは精神病患者が万が一犯罪を犯したときには、保護者もその責任を問われるためと、自宅での入檻の許可条件が厳しかったために行われた制度であった。入牢中の精神障害者に入牢の必要がなくなると「出牢手形」が出され引き取り人に引き渡された。

最後に溜預けであるが、これは精神病患者を非人頭にあずけ、監護させるものである。当時の非人溜は単に精神病患者だけではなく、行路病者、無宿浮浪者、軽罪者、出獄人、少年犯罪者なども収容していた。精神病患者を溜に預けるのは、入牢中の精神障害者の病状が悪化し、入牢困難に至ったときであった。

なお、これらの施設で治療が行われた形跡は見られず<sup>47</sup>、保安面を重視した処置であった。しかしながら、その手続きはかなり慎重なものであり、実際にこのような監置処分を受けていた者は少なく、大多数の患者は放置されていたと考えられる。<sup>48</sup> つまり、精神障害者を隠蔽できる経済力のある家族は座敷牢に<sup>49</sup>、そうした経済力のない家庭にあつては放置するという状況にあったことが推測される。北原糸子(1979) <sup>50</sup>が指摘したように、明治初期の精神障害者の病院収容が貧困層の収容過程で浮かび上がってきた理由として「精神病は必ずしも貧困が原因とは限らない」けれども「発病は階層を暗示する」とする背景が、ここにはみられる。

### 第3項 小括

明治前の触法精神障害者処罰は、本章においてみてきたように、社会情勢や政治情勢、そして被害者と加害者の身分関係、そして犯罪類型によってその取扱いをことにするものであった。

平和で人的移動の少ない時代にあつては、精神障害者に対し哀れみを示すことが為政者だけでなく民衆の道徳的寛容性を示す手立てであった。しかしながら元禄時代のような太平の世にあつても、人的移動の活発化や、それに伴う都市化が進む時代においては、厳罰に処されていたのである。

また、江戸時代では、触法精神障害者が「乱気」である証拠を刑事手続の上で必要とする実務が詐病の防止を目的として創設された。ここにおいて、精神状態を査定するのは第一に日常的に接触のあった周囲の人びとであったが、精神障害であることについて客観的な証左の要請は、「僉議」という形で実現した。つまり、精神状態について証言する人間の「数」によって客観性が担保されたのであった。これは、専門家たる医師の診断書が必要とされた座敷牢への入牢手続きと比べると相対的に簡便な手続であった。これは、座敷牢への入牢が身体の拘束だけでなく、財産権の剥奪も伴うものであったのに対し、刑事手続上の精神状態の証明は、刑事罰を免れ得るため、一種の「利益」と考えられていたためであろう。

上記のような前史の触法精神障害者をめぐる状況は明治維新を迎えてもすぐさま変化するものではなかった。前時代との連続性は明治時代以降も残存していたのである。

### 第3節 刑事法における責任能力論の展開

#### 第1項 明治初期

##### 1 仮刑律

1967(慶応三)年10月19日、徳川慶喜の伺(「刑法ノ議ハ召ノ諸侯上京之上御取極メ可相成ト存得共、夫迄ノ処ハ仕来通ニテ宜候哉」)に対する新政府からの同月22日の回答(「召之諸侯上京之上規則相定候得共、夫迄之処ハ是迄之通り可心得候事」)をうけて、明治に入った後も新刑法定立までの間、幕府の天領では公事方御定書が、諸藩ではそれぞれの藩法が施行された<sup>51</sup>。1868(明治元)年、『清律』および肥後藩の『刑法草書』の影響を強く受けた『仮刑律』が編纂されるが、一般に公布されたものではなく(これは後の『新律綱領』および『改定律例』にしても同じである)、官吏の執務準則として機能していた。また、『仮刑律』は全国的に施行されたものではなかったが、全国に妥当させようとする努力は中央と地方の双方で行われ、その成果が『仮刑律的例』に収録された地方から中央の刑法官への伺とそれに対する指令にみることができる。また、これらの伺・指令のやりとりは、『仮刑律』の修正・補充に向けた努力でもあり、のちに出された諸布達へと結実した。同年11月13日には火刑・磔刑が廃止され、さらに1870(明治3)年4月15日新政府は、死刑者の死体を試し切りにすることを禁止したが、近代的刑事司法制度の導入には遠く、同年10月9日には、清律の影響のもと、『新律提綱』が編纂され、後に『新律綱領』と改称したうえで全国に頒布された。

『仮刑律』において、触法精神障害者の責任能力について独立した条文はみあたらないが、総則をあらわした「名例」中の「老少廢疾犯罪」、暴行および暴行により傷害する罪について規定した「闘殴」中の「主人を殴」ならびに「祖父母父母を殴」、殺人罪に関する規定をおいた「人命」中の「戲誤過失殺傷」、そして事情を偽った婚約、二重婚約等に関する罪を定めた「婚姻」中の「婚姻を定」に触法精神障害者に関係する規定がおかれている。それぞれの内容は以下とおりである(カッ

コ内は刑法官の袖書である)。

#### 【老少廢疾犯罪】

凡、年七十以上十五以下及び廢疾(一手一足及腰脊を折、且侏儒・聾啞等之類、其余疾病有りて答責に堪えざるもの、此部に入る)之者、流罪以下を犯すは贖を以有之、死罪を犯すは当罪を以論決。若八十以上十歳以下、篤疾(両目を瞎し、両肢を折り、顛狂、癰癩等の類)之者、人を殺応死ものは、議擬奏聞、上裁を仰。其余犯罪は皆座せず(若人を傷け且致盜は、父・兄・子・孫より傷を受ける者え医藥料を給せしめ、盜賊は財主え償給せしむ)。九十以上七歳以下は、死罪を犯すといへ共刑を加へず(九十歳以上反逆は此限にあらず)。若教令する者あらば、其者を以罪に座す。若賊有て償ふべくは、賊を受けるもの令償之(若財物を盜傍人受て用去ば受用する者償之。若老小自分用ば家長・子・孫より是を追徴す)。

#### 【主人を毆】

凡、家来、当主を毆つもの、(傷之有無を不問)首従を不分皆斬(即決梟首)、殺すもの(毆殺・故殺を分かつず)皆磔(即決)。狂疾・過失によつて殺すもの刎首。若家来惡事有るに擅に毆殺するもの答一百、惡事無して殺すは(毆殺・故殺を分かつず)答六十徒一年。若農商家之奉公人、主を毆ものは答百徒三年、傷を成すは答百遠流、折傷以上は(一指・一齒を折る以上、折傷以上とする)刎首、死に至るは斬(即決梟首)。若奉公人惡事有を毆、折傷にあらずれば無論、折傷以上に至るは凡人罪二等を減、因て死に至るは答百徒三年、恩義深きものは猶一等を減ず。故殺するは刎首。若奉公人罪無に非理に毆ものは、凡人罪一等を減ず、殺すものは(毆殺・故殺を分かつず)刎首。

#### 【祖父母父母を毆】

凡祖父母・父母及夫之祖父母・父母を毆もの、首従を分かつず皆斬(即決梟首)、殺すもの磔(毆殺・故殺を分かつず、首従皆即決)、過失殺するもの刎首(狂疾・過誤によつて毆もの臨時斟酌)。若祖父母・父母、非理に子・孫を毆、因りて廢疾を成且刃傷するは答五十、廢疾に至らしむるは答八十、死に至且故殺するは答六十徒一年。若非理に子・孫の婦を毆ものは、子・孫を毆傷する罪に二等を加ふ。因て殺すものは(毆殺・故殺)答百徒三年。繼子を毆もの、罪(毆傷より殺に至迄)亦如之。其理有て殺し、及教令違背するを、法によつて決罰して邂逅に死を致且過失殺するものは無論。

#### 【戲誤過失殺傷】

凡、殺傷するに堪る之事を以戲を為し因て人を殺傷し、及び闘毆によつて誤て傍人を殺傷いたす者は、闘毆条によつて論ず。○若人を謀故殺せんと欲して、誤て傍人を傷るものは闘毆條によつて罪を定、誤て殺すものは故に人を殺と云を以論ず。

若戲に津河水深きを詐て浅と云ひ、泥濘なるを詐て平地也と云ひ、及橋梁朽、船漏之人を渡すに堪へざるものを詐て朽漏ならずと云ひ、人おして過渡せしめ因て陷溺死傷に至らしむる者は、亦闘毆条によつて論ず。○若過失によつて人を殺傷いたすは、闘毆条之罪に准じて贖を収、死傷之家に給す(名例開く処の贖数を照す)。

過失とは、耳目之所不及、思慮之所不至を云。禽獸を射期せず誤て人を殺傷いたし、或は高に登り足跌て同行に累及し、馬に乗馬驚き走り、車を捨て坂を下る勢ひ止る事能わず、或は俱に重き物を挙て力堪へ(ず)して困て同く挙るものを殺傷いたし、初より人を害する意無く偶人を殺傷する類、闘毆条之罪に准じて贖を収、死傷之家當葬及び医薬之資料に給す。若一人にて二人を殺傷すれば、二人之贖を収、均しく二家に給す。若二人にて一人を殺傷せば、二人おして分て一人之贖を出さしむ。其狂疾によつて人を殺傷するもの准之。

まず、「名例」の「老少廢疾犯罪」においては、犯罪を行った老人・少年・精神障害者・身体障害者に対する刑の減免ないし換刑が定められている。その中で精神障害者は、律の定める三段階の疾病のうち最も重症の「篤疾」に分類され、刑法官袖書では「顛狂」と表現されている。触法精神障害者は、80歳以上の老人および10歳以下の少年と同等の扱いを受けており、その殺人は、「上裁を仰ぐ」として、刑の減輕が裁量的なものであることが示されているが、実務上どの程度刑が減輕されていたのかはここからは判然としない。殺人以外の犯罪については、「皆座せず」と、精神障害者に対する家族の監護責任を迫及しないことを明言しながらも、袖書では被害者に対する「医薬料」の支払義務を課しているのは、後述する「戲誤過失殺傷」条例中に規定された被害者への医薬料の支払義務が家族に課せられていることを註記したものであろう。しかし、精神障害者の監督義務が厳密に家族に課せられていたわけではなかった<sup>52</sup>。各則において、触法精神障害者に対する刑罰を定めたのは、「主人を毆」および「祖父母父母を毆」である。前者は家来・奉公人から主君・主人に対する暴行および傷害致死と、逆に主君・主人から家来・奉公人に対してなされた同様の犯罪について規定している。ここで、触法精神障害者についての特別の規定がおかれているのは、士族以上の身分の家に仕える者が主人を殺した場合で、そこで触法精神障害者は過失殺と同様の扱いを受けている。つまり精神障害者に対する「健常人」が主人を殺した場合には磔となるのに対し、触法精神障害者が主人を殺した場合、ならびに「健常人」が過失により主人を殺した場合は刎首と、同じ死刑の中でも執行方法の面で一応の刑の減輕がなされている。該条文の後半は、農家・商家の主従間の暴行・傷害致死についての規定であるが、精神障害者についての規定はおかれておらず、「主人を毆」条例における精神障害者に関する規定は、総則で規定された律的



な責任能力に対する身分刑法上の例外と考えることができる。

また、「祖父母父母を殴」条例では、二親等以内の尊属に対する暴行・傷害致死および二親等以内の尊属から卑属に対するそれを定めたものであるが、前者の場合、狂疾・過誤により暴行する場合には「臨時斟酌」と司法官の裁量によることが袖書に示されている。これは、二親等以内の尊属に対しては、通常、暴行だけで斬と、極刑を科されるため、精神障害者による暴行の取扱については刑が減輕される場合もあることを、あえて確認する必要があったものと思われる。つまりここでは、「主人を殴」条例での特則のような触法精神障害者に対する刑の減輕を制限するための規定というよりは、尊属に対する罪にも、暴行に限り刑の減輕がありうるという、注記にすぎないことがわかる。これをさらに一步進めていえば、触法精神障害者による尊属に対する罪のうち、暴行を除く犯罪（傷害致死・謀殺など）は刑の減輕の対象とならなかった可能性が指摘されよう。これは後述のように、後の『新律綱領』以降『旧刑法』施行までの間に、触法精神障害者による尊属殺傷が問題となったことから推測される問題であるが、『仮刑律』時代の各条例の運用についての史料が乏しく、当時の実務で該条例がどのように扱われていたかは分からない。

また精神障害者による殺人および傷害について、明文がおかれているのは「戲誤過失殺傷」条例においてである。ここでは、精神障害者が人を殺傷した場合には、過失により人を殺傷した場合と同様に「鬪毆」条例に規定された本刑を「名例」で定められている罰金刑に換え、被害者の家に給付するとしている。『仮刑律』に影響を与えたとされる『清律』では、「戲殺誤殺過失殺傷人」条例に「瘋人（精神障害者）」の殺傷についての細かい規定が置かれており、その処遇についても、触法精神障害者の鎖錮の手續・医薬資の徴収についてなど、実務上の手續が定められていたが、『仮刑律』には「其狂疾によつて人を殺傷するもの准之」の一文しかみられないなど、原律（『清律』）に比べ、かなり簡略化されたものとなっている。また、後の『新律綱領』下でみられるような、触法精神障害者の「鎖錮」はみられず、罰金刑といった換刑一本で処理されている。

以上の『仮刑律』における触法精神障害者に関する規定をまとめると次のようになる。まず、精神障害者が殺人および傷害を犯した場合、「戲誤過失殺傷」に規定された計算方法で過失殺傷の場

合に科される刑罰の換刑として該触法精神障害者に罰金刑が科され、その支払義務は家族に生じる。その例外は、士族以上の身分の者に仕える従者が、その主人を毆殺した事例で従者が精神障害者の場合は、健常人の場合の磔よりも軽い執行方法での死刑に処されていた。触法精神障害者の刑罰については、一定の刑の減軽がなされていたものの、極刑を全面的に排除するわけではなく、刑の執行方法は軽いものであった。さらに被害者と加害者たる精神障害者の関係や犯罪の性質に応じて処分は変化していた。このように律とは、実体法的規則だけでなく手続法的規則を内包していた。明治初期のさらなる手続規則としては 1870(明治 3)年 5 月 25 日刑部省制定の獄庭規則である。手続法に関しては第 5 節第 1 項 1 で検討する。

## 2 新律綱領・改定律例

新政府は早くも 1868(明治元)年『仮刑律』を定め、政権変動時による混乱期の不法行為の取締をはじめた。しかしながら、こうした律的諸規則の適用範囲は前述のように全国に妥当させようという動きはあったものの、地域的には限定されていたようである。

1871(明治 4)年の廃藩置県に先だち、1870(明治 3)年 12 月 20 日には『新律綱領』が全国の府藩県に頒布され<sup>53</sup>、同日施行された。さらに 1873(明治 6)年 6 月 13 日にはその補足法として『改定律例』頒布され、同年 7 月 1 日には『新律綱領』と並行して施行された。<sup>54</sup>

触法精神障害者の刑罰に関する規定は、それ以前の『仮刑律』には見られず、『新律綱領』には瘋癲殺人について、『改定律例』にはその実務に関する細かい規定が見られる。

『新律綱領』において、触法精神障害者に関する規定が置かれた理由として、明律中にある「過誤殺」に関する規定中にみられる精神障害者の過失殺人罪<sup>55</sup>についての規定と、江戸時代の御定書にみられる精神障害者犯罪の規定の独立といった方式が踏襲されたためではないかと思われる。

以下、『新律綱領』および『改定律例』中の精神障害者の犯罪処罰規則について検討する。

**新律綱領**(原文旧字の一部は新字にしている)

〈瘋癲殺人〉

凡瘋癲人。人ヲ殺ス者ハ。終身鎖錮。仍ホ埋葬金二十五両ヲ追取シ。死者ノ家ニ給付ス。若シ二名以上ヲ連殺スル者ハ。絞。其親属。看守厳ナラスシテ。他人ヲ殺死スルニ致ス者ハ。杖九十。若シ瘋癲ヲ仮リ。人ヲ殺傷スル者ハ。謀一故一殺一傷ニ依テ之ヲ科ス。

つまり、『新律綱領』において殺人は終身鎖錮と健常人の殺人が「謀殺」の場合主犯は「斬」、「過失殺」の場合「絞」とされているのに比べ異なる制裁が規定されてはいるが、2人以上の連殺にはやはり「絞」が科されることになっている。ここで『新律綱領 改定律例 合巻註釈』によると、終身鎖錮の内容として「シマリニ入レ置クナリ」という、私宅監置が採られていた旨の説明書きが加えられている。<sup>56</sup> 浅田和茂教授はこのような終身鎖錮を刑の一種と考えるかまたは保安処分の一種と考えるかについて、「明確な説はないが、保安面の重視はやはり否定できない<sup>57</sup>」としている。

これに関して私見では、瘋癲殺人条例に示されている「鎖錮終身」の「鎖錮」は、後の『改定律例』第197条での「親属の保管」という文言からも、前述の「シマリ」という拘禁形態からも、私宅監置を意味するとおもわれ、また寛解後の刑罰が予定されていることから、また寛解までの再犯の危険性への配慮という目的が推量されることから実質的には保安処分の一種と考えるのが妥当であろうが、後述の「司法省指令録」登載の1877(明治10)年6月6日仙台裁判所伺において「抑鎖錮ハ刑名ニアラサルカ如ク」<sup>58</sup>と述べられているように律における形式的には鎖錮監禁は刑罰とはみなされていなかったようである。

さらに監督義務を瘋癲人の親族に課しており、こうした厳格な監護義務者(保護義務者)制度<sup>59</sup>は本章第4節第2項において検討する1874(明治7)年警視庁布達規第172号(○これは引用されていない。ひろたまさをチェック)、および1878(明治11)年警視庁布達第38条に継承されていくものとおもわれる。

また、「若シ瘋癲ヲ仮リ」として精神病詐病の罰則を明示していることは、実務上、詐病により刑を逃れようとする者が増加することを予測しての規定とも、それ以前に詐病によって刑を逃れようとする者が多く存在していたためとも考えられる。これについては本章第2節で検討したように、江戸時

代、詐病に対する対策として被疑者・被告人の精神疾患に証明が必要とされた経緯から置かれたものとするのが合理的であろう。

以上のように、新律綱領では精神障害者が 1 名殺害した場合のみ定められていたが、改定律例では次のように改定されている。

**改定律例**(原文旧字の一部は新字にしている)

〈瘋癲殺人条例〉

第百九十二条 凡瘋癲人人ヲ殺ス。埋藏金二十五円ヲ追スル者。改テ。過一失一殺

一収一贖一例ニ照シ。追シテ傷者ニ給シ。医薬ノ資ト為ス。

第百九十三条 凡瘋癲人。二名以上ヲ連殺スル者ハ。絞。改メテ鎖錮終身。

第百九十四条 凡瘋癲人。祖父母。父母ヲ殺ス者ハ鎖錮終身。

第百九十五条 凡瘋癲人。人ヲ殺ス者ハ。鎖錮終身ニ処スト雖モ。若シ果シテ。

痊愈スレハ親属鄰佑ノ保証ヲ取り。懲役五年ニ改正シ。限満テ放還ス。

第百九十六条 凡瘋癲人。自殺ヲ致スニ。看守人。失察スル者ハ。懲役二十日。

若シ人ヲ傷スルニ至ラシム者ハ。懲役四十日。

第百九十七条 凡瘋癲人。人ヲ殺ス者。孤独貧困ニシテ。親属ノ保管スル者ナケレ

ハ。鎖錮ヲ禁獄ニ換ヘ。埋藏金ヲ追セス。

まず条文を概観すると以下のような変化がみられる。まず最大の変化は、『新律綱領』で瘋癲殺人のみ規定されていたのに加えて、改定律例第 192 条では瘋癲人の傷害についての規定がつけ加えられていること、および 193 条において 2 名以上の連殺が「絞」から「鎖錮終身」と刑が軽くなっていることである。また、194 条は尊属殺規定であるが、193 条と 194 条には改定律例施行(1873(明治 6)年 7 月)直前に出された、後述する 1873(明治 6)年 6 月 27 日新治裁判所何に対する同年 7 月 18 日指令が影響した可能性がある。さらに 196 条では瘋癲人の「自傷」の場合にも親族の

監視義務が問われるなど、瘋癲人の「管理」をあくまで「家」の問題と考える方針が見られる。こうした方針は前述の『新律綱領』での規定と併せて、精神病患者監護一般の規定の基礎をなしているようにおもわれる。また、同条にみられる監護義務者を指す「看守人」との表現は刑罰と監置が経験的・感覚的に同視されていたことを意味しており、こうした混同は 197 条にもうかがわれる傾向である。同条では触法精神障害者に親族もなく収贖するだけの財産もない場合、私宅監置を刑務所内監置に代え収贖金(＝埋葬金)は徴収しないとしている。

しかし、ここにおいては瘋癲人を誰が、どのようにして鑑別するかについての明確な規定はない。ただ、1873(明治6)年4月15日司法省達第55号には既に「医師の容体書」が求められており、これをわが国における司法精神鑑定其自然発生的な源流とみるかどうかについては第5節第1項2において詳しく検討したい。

それでは**明治初期**における触法精神障害者への科刑について、どのような結論が導き出せるだろうか。『新律綱領』も『改定律例』も「瘋癲人」の不科刑を認める形式を持ちながらも収贖金を科し、寛解後に刑罰を改めて科すという処分が予定されていた。これは精神障害者の犯罪について、その刑を減輕ないし免除するというよりはむしろ、健常者とは別種の刑罰が予定されていたといえよう。つまり「瘋癲人」であることを身分とした犯罪類型が存在していたことに他ならない。このことは、精神障害者に対置する健常者を「常人」と表現している1876(明治9)年1月27日 東京上等裁判所 伺中の表現からも推測できる。つまり通例、「常人」とは官吏の犯罪に関して、官吏以外の人間をあらわす「非身分」を示す語句であり、ここからも「瘋癲人」は身分を表す語句として使用されている可能性が高い。

確かに触法精神障害者への刑罰の改正については、『仮刑律』時代には存在した死刑の廃止は大きな変化であったといえる。

しかしながら、前近代的な律制度に基礎を置く律は、その精錬化の努力にもかかわらず、近代化をめざそうとする国内の情勢には合致しなかった。また不平等条約改正という目的のためもあり、政府は近代的刑法典の編纂をはじめることになる。大陸の法体系を継受すべく法典編纂が進めら

れる間、具体的には改定律例が施行されてから大審院が開設(1875(明治8)年4月14日)されるまでの3年半の間、各裁判所および府県はその裁判の結果について、依然として司法省(実質的には明法寮)による中央集権的な裁判体制を継続した。司法職務定制<sup>60</sup>には「律ニ正条ナキ犯罪ハ之ヲ明法寮ニ送付シテ議ヲ取ル」とあり、これにより発せられた「伺」に対する司法省からの「指令」が実質的な効力をもつ、いわゆる「伺-指令裁判」とよばれる制度が生み出されたのである。<sup>61</sup> この伺-指令裁判体制下において、新律綱領・改定律例の条文の解釈から触法精神障害者がどのように処分されたかを、当時の指令を数多く登載した『司法省日誌』にみることができる。<sup>62</sup> 数ある触法精神障害者事件についての指令のなかから、特に「精神鑑定」および触法精神障害者の責任能力に関するものを採りあげて検討したい。

### 3 裁判所伺-指令と司法省通達

まず『司法省日誌』中に「瘋癲人」の文言がみられたのは、司法省日誌<sup>63</sup>中の1873(明治6)年7月18日付の指令<sup>64</sup>であった。

新治裁判所伺 六年六月廿七日

常奥国新治郡西平塚村農清

右衛門養子

中島恒助

右は別紙罪案ノ通ニ付人命律瘋癲人殺人条附ニ照シ鎖錮可申付哉容体書相添此段奉伺候也(罪案並容体書略之)

六年七月十八日 指令

瘋癲ヲ発シ人ヲ傷スル者ハ過失傷ヲ以テ罪ヲ擬シ法ニ依リ収贖スト雖モ其ノ父妻ヲ傷スルハ止タ鎖錮セシメ

罪案が省略されていることから、この事件の詳細を知ることは不可能である。しかしこの短い伺書に対する指令から得られる情報は次のとおりである。まず、この事件は「瘋癲人」を被告とする過失傷害事件であり、被害者はその「父妻」であった。この事件の新治裁判所での扱いは瘋癲人殺人条を類推適用し、処断するものであったが、それに対して司法省は「過失傷」として取り扱うよう指令を出している。ここで、該伺・指令と改定律例の頒布・施行時期についてみると、改定律例の頒布は1873(明治6)年6月13日、新治裁判所からの伺が同年6月26日に提出されており、改定律例の施行が同年7月1日、そして新治裁判所伺に対する指令が7月18日に出されるという順序になっている。つまり、該伺は改定律例の頒布後に新治裁判所は原律たる新律綱領に依り処断し、伺をたてているが、それに対し司法省は現行法たる改定律例(瘋癲殺人について過失殺収贖例に照して収贖することを定めている)に依拠して指令を作成しているのである。ちなみに、改定律例第百条には「凡例モ、亦領降ノ日ヨリ始ト為スト雖モ、若シ事犯、領例以前ニ在テ、原律罪名輕キ者ハ、仍ホ原律ニ依リテ定義ス」とあり、これによって、該指令は改定律例頒布前の事件にも改定律例を基礎として処断をなしているのである。<sup>65</sup>

また、新治裁判所伺中にある「容体書」とは、1873(明治6)年4月15日司法省達第五15号に定められたそれと考えられるが、これに関しても第5節第1項2で検討する。

この新治裁判所伺の後にも触法精神障害者への刑罰に関しては、精神障害者が「一等親から五等親」までの親族を殺害した場合<sup>66</sup>、複数人を殺傷した場合<sup>67</sup>、触法精神障害者に資力がない場合の収贖の方法<sup>68</sup>等、伺-指令が登載されている。

その後、1875(明治8)年4月14日には大審院が設立され、同年5月24日には大審院裁判所職制章程が定められるが、中央集権的な伺-指令裁判制度はその後も継続していた。

## 第2項 近代法移植後

### 1 旧刑法とその編纂過程

司法省は1875(明治8)年から刑法および刑事訴訟に関する草案の作成を、1873(明治6)来日した元パリ大学教授ボワソナード Gustave Emile Boissonade 主導の下で開始した。1880(明治13)年太政官布告第36号『刑法』(旧刑法)および太政官布告第37号『治罪法』として公布され、1882(同15)年1月1日より施行された。旧刑法においてはじめて責任能力についての明確な規定がみえる。以下、日本帝国刑法初案、日本刑法草案第1稿および2稿、そして確定稿から旧刑法の条文にいたる触法精神障害者の責任能力規定について検討したい。

#### (1) 1875(明治8)年 日本帝国刑法初案

草案の最初の段階では、触法精神障害者に関する規定は第48条・57条に規定されている。

第四八条 罪ヲ犯ス時七歳以下ノ者及ヒ瘋癲白痴ノ者ハ其罪ヲ論セス

第五七条 審判ノ時六十歳以上ノ者及ヒ婦女若クハ篤疾廢疾者罪ヲ犯シ無期徒刑流刑ニ該レハ島地ニ發遣セス無期徒刑ハ内地ノ徒場ニ於テ定期ナク役ニ服シ流刑ハ内地ノ禁獄場ニ於テ定期ナク幽閉ス

責任能力規定である第48条では、7歳以下の少年と精神障害者および精神遅滞者が不論罪の対象として併記されている。また、精神障害者を「瘋癲」と呼称しているところも、未だ律の影響から脱していない。

また、第57条では、60歳以上の老人、女性および身体障害者の刑の執行方法において一定の配慮がなされているが、**明治初期**に「篤疾」とされた精神障害者がここに含まれるかどうかは判然と



しない。おそらく、犯罪行為時に精神障害者であった場合には 48 条を、犯行後に精神障害に至った者についての刑の執行は 57 条によることを予定したと思われる。

## (2) 1876(明治 9)年 日本刑法草案第 1 稿

第七六条 罪ヲ犯ス時知覚精神ヲ喪失スル者ハ其罪ヲ論セス若シ罪ヲ犯ス為メニ故ラニ薬酒等ヲ用ヒ精神ヲ喪失シタル者ハ此限ニ在ラス

次いで草案第 1 稿では、精神障害者規定と未成年者規定は分離され、「知覚精神を喪失」という文言により、精神障害の範囲を広く定義した。ここにおいても、触法精神障害者を含む「知覚精神ヲ喪失スル者」は不論罪とされたが、故意に「酒薬等」を使用することによって右の状態になる場合は排除された。後段の一文から、草案第 1 稿段階では前段の「知覚精神ヲ喪失スルモノ」の中に酩酊者も含まれていた可能性がある。

## (3) 1877(明治 10)年日本刑法草案第二稿および日本刑法草案確定稿

第 1 稿の翌年に作成された第 2 稿では、以下のように簡略化された。

第九〇条 罪ヲ犯ス時知覚精神ヲ喪失シタル者ハ其罪ヲ論セス

この段階で旧刑法の規定とほぼ同様の条文になっており、先の第 1 稿の後段におかれていた、意図的に自らを知覚精神を喪失した状態に陥れた場合の規定は削除された。同年に出された確定稿も条文番号・内容とも全く同じものであった。

ただし、第 2 稿および確定稿第 92 条年少者・年長者規定にみられる「是非ヲ弁別シタルト否トヲ審案シ」という文言、ならびに第 2 稿・第 95 条年少者・年長者の違警罪規定にみられる「弁別アリ

テ犯シタル時亦同シ其弁別ナクシテ犯シタル時」との文言にみられる「是非の弁別」については、この段階では触法精神障害者にかかる責任能力規定に勘案されていない。

#### (4) 1880(明治 13)年太政官布告第 36 号『刑法』

こうして、1880(明治 13)年に完成した『刑法』(旧刑法)において、責任能力規定は以下のような内容であった。

第七十八条 罪ヲ犯ス時知覚精神ノ喪失ニ因テ是非ヲ弁別セザル者ハ其罪ヲ論セズ

ここでは、第 2 稿および確定稿段階ではみられなかった「是非ヲ弁別セザル」の一言が付け加えられていた。

つまりは、犯行時に精神医学的疾患に罹患していることを要件とするだけでなく、そのために是非弁別ができない、つまり心理学的要件を勘案することが盛り込まれたのである。

旧刑法では触法精神障害者の責任能力は、条文上存否いずれか二者択一的に判断されるものとして把握されていたが、これは実際の裁判実務においてはなじみにくい発想であった。上記条文の実際の運用については本章第 3 節 4 で詳しく検討する。1887(明治 20)年代後半からドイツ精神医学の導入が急速に進む中で、「狂気」の把握は「可視的」で一般の人間にとって容易に理解しうるものから、より複雑な観念へと変容していった。その過程において、現行刑法への改正が行われるのである。

## 2 現行刑法とその編纂過程

個人主義的自由主義的市民像をその基盤に持つフランス刑法を範にして作られた旧刑法は、当時の日本の社会情勢に適合しえないものとして、改正というよりも、再編纂を余儀なくされた。触法

精神障害者の責任能力規定に関していえば、現行刑法に向けての編纂段階で限定責任能力規定の新設をみることとなる。

以下、現行刑法 39 条が成立するまでの編纂作業を時系列順にみていきたい。

#### (1) 1890(明治 23)年 改正刑法草案

現行刑法編纂過程の最早期においては、旧刑法と文言の上での変化はみられるものの実質的に何等変化はみられない。

第七〇条 知覚精神ノ喪失ニ因リ是非ヲ弁別セスシテ行ヒタル所為ハ罪トシテ論セス

#### (2) 1891(明治 34)年改正案および刑法改正法案理由書

第四九条 精神障礙ニ因ル行為ハ之ヲ罰セス但情状ニ因リ監置ノ処分ヲ命スルコトヲ得

精神耗弱者ノ行為ハ其刑ヲ減輕ス

改正刑法草案までとられていた「知覚精神ノ喪失」との文言が「精神障礙」と変更され、但書以下に、「情状」によって私宅監置をすることが明文化されている。これはその前年に成立した私宅監置を合法化した「精神病者監護法」との裁量的なつながりを持たせようとするものであった。

また、「精神耗弱者」の刑の必要的減輕規定が盛り込まれているのも大きな変化であった。

この改正刑法草案の内容について、刑法改正法案理由書では以下のように解説されている。

本条第一項ハ現行法第七十八条ノ文字ヲ修正シタルモノニシテ現行法ハ知覚精神ノ喪失ニ因リ是非ヲ弁別セサル者ノ行為ニ付キ規定ヲ設クト雖モ其法文ノ意義頗ル不明ニシテ果シテ犯人カ全ク知覚精神ヲ喪失セシヤ否ヤヲ判別スルコトハ医学上ニ於テモ至難トスル所ニシテ從テ適用上最モ困難ヲ感シタル所ナリ、此ヲ以テ本案ハ主旨ヲ採ルト雖モ其文字ハ全ク之ヲ廢除シ新ニ精神ニ障礙アリテ其障礙ニ基キテ為シタル行為ハ之ヲ罰セサルコトヲ規定シ以テ其意義テ明確ニ為シタリ、本項ハ精神ノ障礙ニ原因シテ為シタル行為ノ規定ナルヲ以テ犯人ノ平常精神病ニ非サルモ其犯罪ハ当時精神ノ障礙ニ原因セシモノタルコト明白ナルトキハ尚ホ犯罪ノ不成立ヲ見ルナリ本条但書ノ規定ハ精神病者ノ危険ヲ予防スルノ趣旨ニ出テタルモノナリ

第二項ハ新ニ設ケタル規定ニシテ前項ノ精神障礙者ヨリ最モ輕キ精神障礙ノ狀況ニ在ル者ノ行為ニ關スル規定ナリ、此場合ニ於テハ犯人ハ無罪者タル可カラスト雖モ多少其行為ハ之ヲ宥恕ス可キモノト認メ其刑ヲ減輕スルモノナリ

つまり、「知覚精神ノ喪失ニ因リ是非ヲ弁別セサル者」の意義が、法律上の文言としても医学上においても把握しにくいことから、この文言を廃止し「精神ニ障礙アリテ」という、純粹に精神疾患の有無を基準としたものとするのが提案されており、また但書は「精神病者ノ危険性」に着目した社会防衛的な規定であることがわかる。

さらに、「精神耗弱者」の定義について、精神障害の程度が軽いものであり、宥恕減輕されるものとして把握されている。

1901(明治34)年改正案の翌年に出された1902(明治35)年改正案も内容についてはほぼ同じのものであった。その後、1907(明治40)年刑法(現行刑法)は以下のようなものとして成立した。

(3) 1907(明治 40)年 4 月 24 日法律 46 号『刑法』

第三十九条 心神喪失者ノ行為ハ之ヲ罰セス心神耗弱者ノ行為ハ其刑ヲ減輕ス

「精神ノ障礙」なる語句は「心神喪失」と改められ「精神耗弱」は「心神耗弱」と改められた。さらに、保安処分的な但書が削除された形となった。これについて同年の「刑法理由書」には、以下のよう  
に述べられている。

本条第一項ハ現行法第七十八条ノ文字ヲ修正シタルモノナリ、現行法(滝本註:旧刑法を示す)ハ知覚精神ノ喪失ニ因リ是非ヲ弁別セサル者ハ其罪ヲ論セスト規定セリ、改正案ハ民法ノ例ニ從ヒ心神喪失者ノ語ヲ用ヒタリ、心神喪失ハ其持続性ナルト一時的ナルトヲ問ハス責任ヲ除却シ随テ犯罪ヲ不成立ニ至ラシム、第二項ハ新ニ設ケタル規定ニシテ前項ノ心神喪失ニ比シ比較的輕キ精神障礙ノ狀況ニ在ル者ノ行為ニ關スル規定ナリ、此場合ニ於テハ犯人ハ無罪者タルコトヲ得スト雖モ其行為ハ多少之ヲ宥恕ス可キモノト認メ其刑ヲ減輕スルモノナリ  
前草案ニハ心神喪失者ニ對シテ監置ノ処分ヲ命スルコトヲ得ヘキ旨規定シタルモ本草案ニ於テハ之ヲ刪除シ特別法ニ譲ルコトセリ

「心神喪失」なる文言は民法における語句を借用し、その具体的意味内容とは、旧法と同様、「知覚精神ノ喪失ニ因リ是非ヲ弁別セサル者」を意味していた。また、継続的か一時的かを問わず心神喪失にあるものは「責任ヲ除却」され、その行為は「犯罪不成立」とされた。また、「心神耗弱」とは「心神喪失ニ比シ比較的輕キ精神障礙ノ狀況ニ在ル者」とされ、心神喪失は当然に精神障害を前提としていることが分かる。

つまり、この段階では、「心神喪失」と「心神耗弱」の差異は、「知覚精神ノ喪失ニ因リ是非ヲ弁別セサル」程度ではなく、精神障害の程度によって区別されていた。

### 3 戦前における学説の展開

戦前における刑法理論は 19 世紀末から 20 世紀初頭にかけて、新派理論の紹介からはじまり、それに対立する形で旧派理論が展開され、その間折衷派もあらわれながら、戦後旧派理論が優勢となって行く。以下、戦前における責任論と責任能力論を極めて簡単であるが概観する。<sup>69</sup>

まず、古賀廉造、勝本勘三郎といった刑法学者が新派理論を展開するが、その集大成として牧野英一が社会的責任論を展開した<sup>70</sup>。その中で牧野は、社会防衛のために犯罪者は社会に対して責任を負うとする社会的責任論を展開した。ここで「責任」とは、社会防衛の手段としての刑罰を受ける地位を意味した。牧野説は人間の意思は性格と境遇で決定されるという意思決定論に裏付けられており<sup>71</sup>、欧州大陸法における犯罪者の生物学的理解を基礎に置くものであった。この責任論は国家刑罰権の行使を限界付ける内在的な制約を持たない点に問題があった。

これに対し大場茂馬は、新派の理論を刑法否認論であると批判した。つまり、新派理論では医学が刑法に代わる刑罰基準になると考えたのである。<sup>72</sup>

昭和に入ると、小野清一郎が旧派理論を完成させ、道義的責任論を展開する。つまり、違法行為に出たことにつき行為者に対して社会は倫理的な非難を及ぼすという、現在の通説につながる見解を示したのである。<sup>73</sup>

責任能力論に関していえば、牧野英一は「責任能力は、刑罰を科して効果を収めうる能力つまり刑罰適応性」であるとしており、同様の立場は折衷派の泉二新熊によっても踏襲されている。泉二は「受刑能力なき者は犯罪能力なく犯罪能力なきは受刑能力なし」<sup>74</sup>として、受刑能力を責任能力と同視した。

これに対して小野は、責任能力とは「刑法が維持せんとする文化規範を理解しこれにより行動を制する能力、つまり是非を弁別しその弁別に従って行動する能力で、自由な意思および行為の能力」<sup>75</sup>であるとした。

こうした中で 1927(昭和 2)年刑法改正予備草案 14 条では、「心神喪失者ノ行為ハ之ヲ罰セス心神耗弱者ノ行為ハ其刑ヲ減輕ス」と規定され、現行法の文言と差異は見られなかったが、1931(昭和 6)年改正刑法仮案総則では、責任能力規定について「心神の障礙に因り事理を弁別する能力なき者又は事理の弁別に従て行為を為すの能力なき者の行為は之を罰セス、能力減弱したる者の行為は其の刑を減輕す」と定義し、同様の文言は大判昭和 6 年 12 月 3 日(刑集 10 巻、p.682)にもあらわれ、その後の改正草案、判例にも定着するところとなった。

例えば、太平洋戦争中に作成された 1940(昭和 15)年改正刑法仮案 14 条には「心神ノ障礙ニ因り事理ヲ弁別スル能力ナキ者又ハ事理ノ弁別ニ從テ行為ヲ為スノ能力ナキ者ノ行為ハ之ヲ罰セス能力減弱シタル者ノ行為ハ其ノ刑ヲ減輕ス」と、上記改正刑法仮案総則と昭和 6 年大審院判決の影響がみられる。

#### 4 戦前の判例

明治後期、大審院で刑事責任能力が争われ始めた時期にあつて、上級審まで争われたのは被告人が飲酒・酩酊していたような事例であつた。飲酒・酩酊事例では、大判明治 28 年 7 月 16 日(刑録 1 輯 1 巻、p.110)および大判明治 28 年 11 月 14 日(刑録 1 輯 4 巻、p.78)は、いずれも酩酊は知覚精神の喪失を推測させないと判示していた。それに対し、大判大正 5 年 10 月 9 日(新聞 1181 号、p.34)は「飲酒酩酊は常に必ずしも心神の喪失又は耗弱を來たすものに非ず」として、基本的に先の 2 例と同様の見解を示しながらも、酩酊下での犯罪が、常に完全責任能力とされるわけではないとしたところに、解釈上の余地を広げようとする努力がみられる。

このような酩酊と責任能力に関する判例以外にも、この時期には(1)心神喪失・心神耗弱の定義について示した判例が多くみられ、当時の責任能力についての理解をうかがうことが出来る。さ

らに(2)心神喪失と心神耗弱の差異についても当時は混迷を極めており、そうした差異を様々に説明しようとする判例もまた散見されるのである。

#### (1) 心神喪失・心神耗弱の定義

心神喪失もしくは心神耗弱の定義について、旧法下で古くは訴訟能力と同視する形で展開されていた。例えば、大判明治38年8月29日に、「刑事訴訟法第二百二十四条に所謂知覚精神の不十分なるものとは白痴癡癲其他知能の發育不完全にして是非利害を弁識するの能力を欠如する成年者を意味するものにして苟も是非利害を弁別するの能力を具有する者は仮令其知能に於いて多少不完全の点ありと雖も之を以て同上に所謂知覚精神の不十分なるものと言うを得ず」として、精神障害者だけでなく、知的障害者をも含む成人で、弁識能力が欠如する者を訴訟無能力者と考えていた。その後、大判大正14年4月21日(新聞2399号, pp.166-167)では、「心神喪失ノ狀況ニアル者ハ意思能力ナク從テ訴訟能力ナキモノトス」とし、心神喪失者は即ち訴訟無能力者であると考えた。ただし、先の大判明治38年8月29日では訴訟能力を弁識能力であるとしていたのに対し、大判大正14年4月21日では訴訟能力を意思能力と把握している点が異なっている。

大判大正15年10月5日(新聞2620号、p.5、評論全集27巻刑法、p.126)には、疾病分類と心神喪失との関係についての言及が判決文中に見られる。ここでは、早発性痴呆(現在の統合失調症)に基づく病的嫉妬妄想を動機とし、違法行為が、この妄想に基づく感情暴発に当り、道義的情操を欠くため何らの抑制ないし反省なく衝動的に行われた犯行は、心神喪失者の行為に当たるとした。責任能力の定義というより、疾病分類との密接な関連を判示した点が、後の生物学的要件を前提とする責任能力概念へと発展して行ったのである。

大判昭和6年12月3日(刑集10巻、p.682)では、心神喪失についての明確な定義がみられた。判決では「心神喪失とは、精神の障害により事物の理非善悪を弁識する能力なく、またはこの弁識



に従って行動する能力のない状態を指称する」と、今日の定義に近い見解が明らかにされた。ここで、「精神の障害により」と、先の大判大正 15 年 10 月 5 日では早発性痴呆に限定されていた生物学的要件が広く解釈されていることが特徴的である。

このような心神喪失の定義から相対化する形で心神耗弱を定義づける試みがなされている。大判昭和 10 年 4 月 24 日(新聞 3839 号、p.16、評論全集 24 卷刑訴、p.97)には、「心神耗弱とは、精神状態に障害があり、弁識能力なく行動能力の著しく減退した状態を指称する」として、「著しく減弱した」という文言で、心神喪失と心神耗弱を区別する概念を示した。この段階では心神喪失と心神耗弱は精神障害の量的に異なった概念と理解されたのである。同様の理解はその後も確認されていった。大判昭和 12 年 2 月 6 日(新聞 4098 号、pp.12-13)においても、「心神喪失ト心神耗弱トハ孰レモ精神障碍ノ態様ナルモ其ノ程度ヲ異ニス」として、心神喪失と心神耗弱は精神障害の程度差としたが、同時にこれらを法的概念ではなく「精神障碍ノ態様」としている点、生物学的要件に過剰に偏向した理解であったと思われる。

その後、大判昭和 13 年 5 月 26 日(新聞 4296 号、p.11)になってようやく、現在の通説に近い見解を示している。同判決は「刑法第三十九条ニ所謂心神喪失者トハ精神ノ障礙ニヨリ事物ノ理非善惡ヲ弁別スル能力ナク又ハ此ノ弁別ニ從テ行動スル能力ナキ状態ヲ指称シ心神耗弱トハ精神ノ障礙未ダ叙上ノ如キ能力ヲ缺如スル程度ニ達セサルモ其ノ能力著シク減退セル状態ヲ指称スルモノナリ」と心神喪失と心神耗弱の定義を明確にしたのである。ただし、ここでも動機、経過に早発性痴呆の影響があった場合には心神喪失が認められるとしている点、やはり生物学的要件を重視していたことが分かる。

このように戦前では、生物学的要件の比重が戦後に比べて極めて重く、特に早発性痴呆(後の精神分裂病、現在の統合失調症)については、ほぼ心神喪失が認められたようである。そのような

風潮は必然的に刑事裁判において、鑑定結果が裁判官を強く拘束していたことを物語っており、したがって責任能力の認定過程において、裁判官よりも鑑定人の影響力が大きなものであることを意味していた。

このような鑑定人の優位性からはじまり、裁判官と鑑定人の、いわゆる管轄問題が議論される過程には、心神耗弱概念が強く意識されるようになったことにある。以下で検討するように、裁判所が心神喪失と心神耗弱の差異を如何に説明してきたかという過程が、そうした管轄問題の発生を可視的なものとする過程でもあった。

## (2) 心神喪失・心神耗弱の差異

戦前の一連の判決は心神喪失と心神耗弱の差異について多く判示している。それら諸判決では、両者の差異はいずれも精神障害の量的な差異をであることは共通の見解である。しかしながら、そうした差異は①生物学的要件の程度差であると判示するものと、②心理学的要件の程度差であるとするものの二説がみられる。一例のみ、心神喪失と心神耗弱の連続性(つまりは、生物学的要件もしくは心理学的要件の量的な差異であるとする見解)を否定するものもあるが、これは心神喪失と心神耗弱の手続法上の差異が問題とされた事例であった。この大判昭和7年12月8日(刑集11巻、p.1811、新聞3534号、pp.18-19)は、「心神喪失ハ刑ノ免除ノ原由タル事実ニシテ心神耗弱ハ刑ノ減輕ノ原由タル事実ナリ從テ兩個ノ主張ハ全然別個ニシテ前者ハ後者ヲ包含スルモノニ非ズ」として、心神喪失と心神耗弱の差異は「程度差」であるとしながらも、法律上前者は「刑の免除」を後者は「刑の減輕」を主張するため2概念の連続性を認めないという論理的には矛盾した見解であった。つまり心神喪失・心神耗弱の概念は「程度差」であるものの、心神喪失の主張に心神耗弱の主張は内包しないとしたのである。この判決からも分かるように、この時代の責任能力を取り巻く議論には若干の混乱があったようである。

以下、そうした混乱期にあって両者を生物學的要素の程度差と理解していた判決から概観する。

①心神喪失と心神耗弱の差異を生物学的要件の程度差としたもの

心神喪失と心神耗弱の差異を精神障害の程度差であるとするものは、大判昭和 4 年 12 月 23 日(新聞 3098 号、p.15、評論全集 19 卷刑訴、p.52) に見られるものであった。

その後、大判昭和 7 年 3 月 17 日(新聞 3418 号、pp.8-12)は「心神喪失ハ心神耗弱トハ孰レモ精神障礙ノ態様ニ属シ而モ其ノ程度ヲ異ニスルモノナルヲ以ッテ心神耗弱ノ状況ニ在ルト同時ニ心神喪失ノ状況ニ在ルトハ事実上アリ得ヘカラサルコトナレハ原審公判ニ於テ叙上ノ主張アリタル場合ニ原判決カ心神耗弱ヲ認メタル以上心神喪失ノ主張ヲ否定シタルコト明ナリ」として、「心神喪失ハ心神耗弱トハ孰レモ精神障礙ノ態様ニ属シ而モ其ノ程度ヲ異ニス」として、強く生物学的要件に偏重した見解を示しており、むしろ両概念が法律上の概念であることすら意識されていないように見える。

さらに、大判昭和 7 年 11 月 21 日(新聞 3515、pp.9-11、刑集 12 卷、p.1445)では、「刑法第三十九条ニ所謂心神喪失者及心神耗弱者トハ孰レモ精神障礙ノ状態ニ在ル者ヲ謂ヒ両者ノ差異ハ其ノ障礙程度ノ強弱ニ在リ」と明確に述べられており、同様の見解は大判昭和 8 年 8 月 30 日(刑集 15 卷、p.735) によっても確認されている。

大判昭和 10 年 4 月 24 日(新聞 3839 号、pp.16-17) では心理学的要件についても言及しているものの、心理学的要件は生物学的要件に強く影響を受けるものとして、やはり生物学的要件の優位が見られる。同判決では「刑法ニ所謂心神耗弱トハ犯人ノ精神状態ニ障礙アリ其ノ障礙ノ程度事物ノ理非善惡ヲ弁別スルノ能力ナク又ハ此ノ弁識ニ従ツテ行動スル能力ヲ欠如スルニ至ラサルモ其ノ能力著シク減退セル状態ヲ指称ス」と、弁別能力および弁別能力にしたがって行動する能力は、精神の障害の程度を示すものとして説明されているのである。

その後、大判昭和 12 年 2 月 6 日(新聞 4098 号、pp.12-13)は「「心神喪失ト心神耗弱トハ孰レモ精神障礙ノ態様ナルモ其ノ程度ヲ異ニス」と、「精神障礙ノ態様」との文言を使用しながら、生物学

的要件のみを両概念の差異の説明とした。

大判昭和 12 年 10 月 11 日 (新聞 4194 号, p.17) もまた、「刑法第三十九条ニ所謂心神喪失者トハ孰レモ精神障碍ノ状態ニ在ルモノヲ謂ヒ両者ノ差異ハ単ニ其ノ障碍程度ノ強弱ニ存スルニ過ギス」として、生物学的要件の程度差を両概念の説明とするものがこの時代の大勢であったことが看取できる。

## ②心神喪失と心神耗弱の差異を心理学的要件の程度差としたもの

戦前の旧法下にあつて、心神喪失と心神耗弱の差異を心理学的要件の程度差であるとしたものも、わずかではあるが存在した。既に検討したように生物学的要件による両概念の差異の説明が優位であつた時代にあつて、早くも大判大正 15 年 10 月 5 日 (新聞 2620 号, p.5) において、心理学的要件の程度差が心神喪失と心神耗弱の差異であるとの説明がなされていた。本判決では、早発性痴呆に罹患した者が、道義的情操を欠くため何らの抑制ないし反省なく衝動的に行つた犯行は、心神喪失者の行為に当るとして、生物学的要件を前提としながらも心理学的要件を相対的に重視した。これは、むしろ本来生物学的要件を重視するしていた同時代にあつて、早発性痴呆患者が即責任無能力とされる「慣例」があつたにもかかわらず、これに実刑を課す根拠として心理学的要件を用いたものであつた。

その後、大判昭和 6 年 12 月 3 日 (刑集 10 卷, p.682) では、心神喪失と心神耗弱の違いは生物学的要件を前提として、「精神状態に障害があるが、普通人の有する程度の知情意三方面の精神作用を全然欠如するのではなく、ただその程度の著しく減退しているに過ぎないものは、心神耗弱に当る」として、心理学的要件の程度差を両概念の差異としている。

生物学的要件を説明とする判決が相次いで現れる中で、既に述べた大判昭和 13 年 5 月 26 日

(新聞 4296 号、p.11-13)がようやく混合的方法に近似した説明がなされるようになる。同判決を再度引用すると「刑法第三十九条ニ所謂心神喪失者トハ精神ノ障礙ニヨリ事物ノ理非善惡ヲ弁別スル能力ナク又ハ此ノ弁別ニ從テ行動スル能力ナキ状態ヲ指称シ心神耗弱トハ精神ノ障礙未ダ叙上ノ如キ能力ヲ缺如スル程度ニ達セサルモ其ノ能力著シク減退セル状態ヲ指称スルモノナリ」とし、やはり心理学的要件の程度差が心理学的要件の程度に影響を与えているとの理解は継続しているものの、心理学的要件も生物学的要件と同様に裁判において精査すべき項目としての扱いを受けている。

### (3)小括

本章で検討したように、明治維新後、触法精神障害者の刑罰および免責については、明治初期では律体系から「瘋癲人」であるとの「身分」が刑の減輕の対象となったが、ほぼ確実に私宅監置という保安処分機能を持つ施設への拘禁が予定されていた。

旧刑法時代には、触法精神障害者の刑事責任能力規定が創設され、その改正草案の段階で「不論罪」の結果として私宅監置が予定されることが明文で現れた時期も存在した。これは草稿段階でこのような保安処分的処遇が実験的に盛り込まれようとしたものではなく、先に述べたような明治初期の実務における慣習を刑法上明文化することの是非が議論されていた証左であろう。

現行刑法下では、現在の責任能力についての理解と同様の見解が学説や判例に現れてきたが、明治期にしばしばみられる責任能力を受刑能力と同視するプラグマティックな発想は、新派からの輸入とも、明治初期からの自生的な責任能力観が存続していたとも考えられる。

しかし次に検討するように、戦前では医師による精神障害との鑑定は絶大なる影響力を持ち、そのことが、本項で検討したように、心神喪失と心神耗弱の差異を「精神障害の差」とする生物学的要件重視の判例として顕在化しているのである。

## 5 戦後の学説と判例の展開

### (1) 責任論

まず責任能力論を検討する前に、責任論の諸説を検討する。責任能力論それ自体の論点よりもむしろ責任論の諸論点から、歴史的にみても法解釈論的にみても、各論者の触法精神障害者の処遇の理念的位置付けがより明瞭となるのである。つまり触法精神障害者の処遇は刑法の責任論の諸論点によって明確に方向付けられ、責任能力論のそれは精神鑑定の意義と方法を定義づけるものである。

以下、戦前の新派および旧派の責任論を概観したうえで、その意思自由論の対立点から戦後の責任論の分岐を簡略ながら辿っていきいたい<sup>76</sup>。

ドイツ刑法を模範として編纂された現行刑法試行以降の刑法理論は、牧野英一によって、主観説が客観説に先立って紹介されたことが特徴的であった。<sup>77</sup>まず、牧野<sup>78</sup>は、犯罪行為者の意思自由を否定する決定論の立場から、彼らの行為はその素質と彼が成育した環境によって決定されているとしたうえで、犯罪行為者の主観的危険性に着目した。また、刑罰の目的は社会防衛であるとし、社会防衛のための刑罰を受ける法的地位が責任であるとする「社会的責任論」を主張した。刑罰目的に社会防衛を挙げることにより、刑事政策上は犯罪の予防を重視し、教育刑を無限定に肯定するという帰結を導くことから、「社会的責任論」は国家刑罰権行使を限界づける内在的な制約をもたなかった<sup>79</sup>。

他方で、佐伯千仞は、旧派の立場から、意思自由については、これを「擬制」とし、「道義的責任論」を背景として「規範的責任論」を展開した。<sup>80</sup>まずここで、責任は行為者が構成要件に該当する違法な行為にでたことに対する「非難」もしくは「非難可能性」とした。この非難は、犯罪行為者に対

して犯罪行為以外の適法行為にでることが期待可能であったこと、つまり適法行為の期待可能性(＝他行為可能性)を前提とする。つまり、責任とは他行為可能性があったにもかかわらず、行為者が意思決定規範に反して違法な行為を決意したことに対する非難可能性であると定義づけた。

現在、純粋に「社会的責任論」の立場から責任を論じる論者はほとんどいない。しかしながら1956(昭和31)年に開始された刑法改正作業を背景事情としながら、1963(昭和38)年の尾高追悼論文集における団籐・平野論文における意思自由をめぐる論争を契機として、刑事責任の実践的把握を軸とした新たな展開が生じたのである。昭和30年代には、1956(昭和31)年に開始された刑法改正作業を背景事情に持ちながら<sup>81</sup>、尾高追悼にみる意思自由に関する決定論と非決定論の接近<sup>82</sup>は、「道義的責任論」ないし「規範的責任論」への「予防」概念の固着と、さらには近時における責任概念の実質化という「予防」を最前線に据える責任論および刑罰論の潮流を生み出した。

戦後において、責任の本質を道義的非難におき、刑罰は犯罪に対する応報として科されるが、道義的責任の枠内で犯罪抑止目的を実現するためにも科されるという相対的応報刑論(併合説)がとえられた<sup>83</sup>。これはかつての通説であるが、責任とは、相対的意思自由があることを前提として、道義的行為を選択することができたにもかかわらず、反道義的な行為を自らの意思で選択したことに対する道義非難と理解するものであった。

またこれに対し、規範的責任論に基礎を置きながら、相対的意思自由説を採り、道義的責任(倫理的責任)を否定し、責任を専ら法益侵害に対する法的責任として構築するものも有力である。<sup>84</sup>

他方で平野龍一は、行為選択の自由は、行為者の規範意識により決定されていることを意味し、強制によって決定されていないとした独自の意思自由論を展開し<sup>85</sup>、「ソフトな決定論」という視点から責任概念について、犯罪的意思形成の可能性が強いほど重い刑罰が妥当するとして、行為が人格相当であるほど責任も重いとする「実質的行為責任論」を提唱した。これは社会的責任論との直接の、責任を犯罪の抑止という予防の観点から構成しようとするものであった。<sup>86</sup>

そして、こうした犯罪意思形成と刑罰の比例原則をもって、責任非難・刑罰は未来の犯罪を抑止するために科されるのであって、将来、行為者および一般人が、同じような事情のもとで犯罪を行わないように条件づけをするためのものであるとした。いわゆる抑止刑論に基づく展望的責任論である。したがって、この責任論において行為者が犯罪を行う可能性のある人格をもっていれば、それに応じた重い刑罰が必要となる。つまり、責任非難・刑罰は、行為が行為者の人格に相当するものであればそれだけ重いという性格論的責任論をとることになる。

さらに平野は、人格には責任非難・刑罰が影響を与えうる層、つまり規範心理的な層とそうでない層、つまり生理的な層とが存在し、行為が前者の人格の層に基づく場合が自由であって、犯罪抑止に適する限りで責任非難が可能であるとした<sup>87</sup>。

「ソフトな決定論」は、意思自由に関する形而上学的な議論が責任論において必ずしも重要でないことを示し、行為が行為者の規範心理的な人格の層に基づく場合に、行為者の非難可能性を肯定できるとする点で注目すべきものであるとする見解もあるが、規範心理的な人格の層と生理的な層が果たして識別されうるものかどうかは疑問である点、意思自由を「擬制」ないし「擬態」と考える見解よりも、その根拠において疑問が残るものである。

しかしながら、現在では、この実質的責任概念をさらに発展させようとする議論もみられ<sup>88</sup>、実質的責任概念をとりながら、責任を専ら予防の見地から構成しようとするものもある<sup>89</sup>。

責任論の諸説に分岐を画する議論は第一に、決定論を基礎とするか、非決定論を基礎とするかであるが、第二に、近時の展開として、責任と予防の関係を再検討するものもある。前者に関しては、上述のように、どのように相対化されたとしても決定論から出発する論者の責任論は、その人格の危険性に対する非難という色彩を払拭できないし、非決定論も、決定論への接近の度合いによって、同様の傾向を有する。社会防衛から出発した新派の責任論との差異は、新派理論が社会防衛から社会的責任論を導き実質的責任論に帰着するのに対し、現在の実質的責任概念は実質的責任論的基盤から出発し、社会防衛的な政策に与する可能性をはらんでいるという形で、派生の



方向が逆になっている点である。しかしながら、社会的責任論も、近時の実質的責任概念も、刑罰を展望的に考慮する(もしくは、刑罰類似の処遇を展望的に課す動機を内部にはらんでいる)点で、責任主義に内包される国家刑罰権抑制の原理が機能しなくなるという問題を依然として持ち続けている。

第2の点については、刑法の責任論のなかに「予防」という観点が含まれることに対する懷疑から出発し、刑法のさらなる体系化と、予防の刑事政策的解消を同時に提唱するものである<sup>90</sup>。そもそも「予防」が刑法理論に調和するものかどうかという問題から出発して、結果的に二元論的な刑事政策に帰着するものである。責任から切りはなされた「予防」を刑事政策で積極的に解消させるのか、それとも刑事政策の具体的内容(実質的プログラムの)質的向上により副次的に解消されるものとするかは重要な分岐点である。本稿では後者の立場をとりながら、責任から予防を切り離した上で、これを処遇プログラムの充実に副次的に解消しうるものとして理解する。

かつて、責任能力論は処遇と密接な関係にあることが指摘されたが<sup>91</sup>、近時の展開では、むしろ責任論と処遇の直截的な関係が看取され、責任能力論は鑑定の実質的内容を形成し、間接的に処遇と関係しうるものとして再定義できよう。

このような、意思自由と予防という論点から、意思自由を前提として刑罰を科すためには、期待可能性があったにもかかわらず違法な行為にでたという規範的責任だけでは足りず、行為者の非難性が刑罰を必要とするほどに強く、さらには刑罰に耐えうるような性質であることが必要だとする可罰的責任・可罰的責任能力が主張される<sup>92</sup>。

可罰的責任能力は、戦前からの連続性が見出されるものの現代的展開をも同時に見出しうるものである。かつて、宮本英脩は、「規範的責任能力」と「可罰的責任能力」を区別し、前者を主観的違法論のもとで行為を違法なものとする主観的前提であり、法律上の行為一般の能力であって規範意識能力であり「是非の弁別力」と同視し、後者を行為者の具体的意思を可罰的なものとする前提であって受刑能力(刑罰適応性)としていた<sup>93</sup>。ここにおいて可罰的責任はほぼ刑罰適応性の意義で使用している。

この説を受け、佐伯も、「規範的責任能力」と「可罰的責任能力」とを区別するが、客観的違法論の立場から、責任は法規範の命令機能に対応するものとしたうえ、前者は、「法の命令規範としての作用を期待できる人間の型に当て嵌ること」であって「行為の正邪善悪を弁別し、それに従って行為しうる(能力)」であるのに対し、後者は「それがさらに一段と発達し、刑罰という強力な対策(それは劇薬にも比すべきものである)に耐えうるものになっていること」であって「実質的には刑罰適応性あるいは受刑能力であるといえることができる」とした<sup>94</sup>。しかしながら、右可罰的責任は例外的に加重的に作用する可能性を内包していることが指摘される。<sup>95</sup>

次いで、内藤は、責任能力は、「行為にあたって、法規範としての決定規範(中略)の命令・禁止を認識・理解し、かつ、その認識・理解に従って意思を決定し行動しうる能力」であって、「決定規範の名宛人(対象者)となりうる、適格である」とした。「特別予防・一般予防の観点からみて、刑罰を手段として処罰するに値する程度の『可罰的責任能力』があるかどうかを、『規範的責任能力』の性質と程度を問題とする点で、責任を阻却・減輕する方向にむかって考える必要がある」と述べている<sup>96</sup>。

これら可罰的責任諸説に対して、浅田和茂は責任主義を貫徹しながら刑法理論体系との整合性を重視する、独自の可罰的責任能力論を進展させた。まず浅田説は、基本的に佐伯説および内藤説と同様に「規範的責任能力」と「可罰的責任能力」とを区別し、前者が「決定規範の名宛人たる能力」として「有責行為能力」を指すのに対し、後者は、それを前提とした「事實的・政策的・規制的な判断」として「規範的責任能力」が一定の程度に達していること、また、これと関連して、明確に「刑罰適応性」を指すものとしている<sup>97</sup>。

ただし、佐伯説・内藤説に対しては、次のような批判をなしている。すなわち、佐伯説に対しては、右説の「可罰的責任」が例外的に処罰範囲拡大の方向で働く余地が残る点を指摘している。<sup>98</sup>また佐伯説は、限定責任能力をもつば「可罰的責任能力」の問題ととらえているようにみえる点で浅田説と若干の相違がある。浅田説によれば、「可罰的責任」は、「規範的責任」を前提とし、もつば後者を制約する方向にのみ機能すべきであり、また「限定責任能力」は、可罰的責任以前、規範

的責任(非難可能性)の問題にかかわっていると、これが限定責任能力論研究の契機となっている。

また、浅田は、内藤説に対しても、「可罰的責任能力」の問題として、内藤説が、責任を阻却・軽減する方向で考えるとことは肯定的に評価しながらも、特に「一般予防」を挙げている点に若干の疑問が残るとしている。浅田はこのように、内藤説への批判的検討から以下のように独自の可罰的責任についての議論を展開する。まず内藤説への批判として、可罰的責任と一般予防の関係について、例えば過失犯において一般人より能力が高い者に対しても一般人以上の注意義務を課すべきではないとする場合、あるいは期待可能性についての消極的錯誤(期待不可能にする客観的事情があるのに行為者がそれを認識していないとき)に、それを不処罰とする場合、一般予防的考慮により、規範的責任はあるが可罰的責任が欠ける場合として処理することが考えられることを挙げている<sup>99</sup>。「可罰的責任能力にも量の問題と質の問題」が存在することを指摘した上で、「前者は、規範的責任能力自体が(単に存在するだけでなく)一定の程度以上に達していること、後者は、それが刑罰を科すに適したものであることを意味する」という自説を展開し、可罰的責任から限定責任能力について、以下のように続けた。

例えば限定責任能力の場合は、規範的責任能力自体が(存在はするが)低減しているのであるから、必ず減刑されなければならないが、その低減が極端な場合には、量の問題として可罰的責任能力なし(責任無能力)とされうる。他方、限定責任能力である以上、いかに刑罰適応性があっても(質の問題)、それを理由に全く刑を軽減しないことは許されない。なお、右の刑罰適応性の判断時点は、行為時か裁判時かの問題が残るが、私見では、可罰的責任能力も犯罪の成立要件の1つである以上、あくまで行為時における刑罰適応性の問題と解するのが適切と思われる。<sup>100</sup>

概括すると、浅田によれば、「可罰的責任能力」は、「規範的責任能力」を前提とし、後者を制約する方向にのみ機能すべきものであると定義づけられる。<sup>101</sup>

このような可罰的責任、可罰的責任能力についての思索は、刑法の理論体系を保持しながら、なおも実践的に処遇の問題を解決する方途として評価されよう。ただし、可罰的責任が、刑を加重する方向に作用することについては、右責任論内部で論理的に解消することは難しい点、未だ問題の多いものであろう。

## (2) 責任能力論

従前、前提説は社会的責任論に近縁性を持ち、要素説は道義的責任論に結び付けられて理解される傾向があった。これに対し責任要素説に立ちつつ生物学的要件を重視するもの<sup>102</sup>、また逆に責任前提説に立ちつつ心理学的要件を重視するもの<sup>103</sup>などがあり、必ずしも右対応関係が当てはまらないとする立場から<sup>104</sup>、法的責任論を採りながら前提説を主張するものもある。<sup>105</sup> つまり、要素説は、責任が規範的に把握されることから、行過ぎた規範化に向かう可能性を持ち、これに対し前提説は、責任能力を責任論体系の外に置くことによって、行過ぎた規範化に歯止めをかけ、鑑定人と法律家の共同作業を根拠付けうることから、本稿も前提説を妥当と考える。ちなみに要素説を採りながら、認識能力を違法性の認識と同視する判例として、最決昭和 29 年 7 月 30 日(刑集 8 巻 7 号、p.1231、裁判集刑 97 号、p.729)では、刑の執行に対する異議申立棄却についての抗告棄却決定に対し異議申立を棄却した決定に対する特別抗告事件の中で、「心神喪失者であるというのはその犯行の当時において行為の違法性を意識することができず又はこれに従って行為をすることができなかつた無能力者を指す」違法性の意識を責任能力判断の要素として挙げ、要素説を採るかのようにみえるものがある。その後札幌高判昭和 59 年 7 月 24 日(判例タ 535 号、p.308)でも責任能力について「洞察力及び抑制力が低下し、行為の違法性を判断し又はこれに従って自己の行動を統制する能力」としている。この立場からは部分的責任能力<sup>106</sup>を認める帰結が導かれるがこれは、人の人格の統一的把握という観点からも否定されなければならない。<sup>107</sup>

責任能力の判断基準について、刑法第 39 条は「心神喪失者の行為は、罰しない。心神耗弱者の行為は、その刑を減輕する。」とのみ規定し、心神喪失および心神耗弱の定義については判例・学

説にこれを委ねた。右定義について、初期の大審院判決は、生物学的要件を前提とする意思能力の程度問題とした。大判昭和6年12月3日(刑集10巻、p.682)は、心神喪失と心神耗弱との差異は、障害程度の強弱にあり、前者は、事物の理非善悪を弁識する能力なくまたこの弁識に従い行動する能力のない状態をいい、後者は、右の程度には達しないが、その能力の著しく減退したものをいうとした。この定義は、その後も、大判昭和7年11月21日(新聞3515号、p.9、評論全集22巻刑訴、p.46、法律新報319号、p.16、判例彙報44巻上刑、p.160および、刑集11巻、p.1644)<sup>108</sup>、および大判昭和13年5月26日(新聞4296号、p.11、評釈全集27巻刑法、p.126)<sup>109</sup>などによっても確認されている。他方で、大判昭和8年8月30日(刑集12巻、p.1445)<sup>110</sup>さらに大判昭和12年2月6日(新聞4098号、p.12、評論全集26巻刑法、p.87)<sup>111</sup>、大判昭和12年10月11日判決(新聞4194号、p.17)<sup>112</sup>は、これを単に精神障害の強弱とのみしており生物学的要件を単独で責任能力判断基準にするものも戦前にはみられた。戦後、混合的方法が確認されるのは昭和53年判決であった。<sup>113</sup>

また、責任能力判断は後にも述べるように生物学的要件判断において、精神障害が認められなければ完全責任能力が認められ、精神障害が存在した場合に、これにより犯行時の心理状態が心理学的要件として推測されるものである。<sup>114</sup>しかしながら、判例では、生物学的要件の存在(精神障害の存在の認定)がありながらも完全責任能力を認める際に、総合的にこれを判定すべきであるとの見解を示すものがある。

①最三小決昭和59年7月3日(刑集38巻8号、p.2783、裁判所時報893号、p.4、判例時報1128号、p.38、判タ535号、p.204):殺人、殺人未遂被告事件

「被告人が犯行当時精神分裂病に罹患していたからといって、そのことだけで直ちに被告人が心神喪失の状態にあったとされるものではない」としたうえで、その責任能力の有無・程度を判断する要素として「被告人の犯行当時の病状、犯行前の生活状態、犯行の動機・態様等を総合して」判定すべきであるとした。

さらにこの決定を引用しながら、次のような判決が出されている。

②浦和地判平成1年8月23日(判タ717号、p.225):殺人被告事件

母親である被告人が犯行当時かなり重症の内因性うつ病に罹患しその病勢期にあったもので、思春期前期の実子3名を殺害した事件である。ここで裁判所は「うつ病に起因する思考の抑制・制止・希死念慮等に支配されて犯行に及んだものであるときは、心神喪失の状態にあったものというべきである」とした。触法精神障害者の責任能力の認定については犯行当時の病状の**他**、犯行前の生活状態、犯行の動機・態様等を総合して、うつ病と犯行の具体的関連性を考慮した上で責任能力を判断すべきであるとする前記判決①を引用したものであった。ここにおいて、「疑わしきは被告人の利益」の法理により実子殺の母親に無罪が言渡されている。

このような責任能力の総合的判断は、**判例①**のように加重的に作用する場合と②のように減輕的に作用する場合がある。このことは責任能力の総合的判断という様式を経ることによって、精神鑑定の裁判官の判断形成を合理的に拘束する機能が減じられているといっ

#### 第4節 触法精神障害者処遇の展開

##### 第1項 明治初期の触法精神障害者処遇

前述のように、『仮刑律』下の触法精神障害者は、「老少廢疾犯罪」条例により、上裁を仰ぐよう規定されていたが、士族身分の主人を暴行した者はたとえ精神障害者であっても死刑の対象となり、医薬料の支払など、未だ処罰の対象とみられていた。しかし、触法精神障害者に対する治療をともなった処遇が行われていなかったのは当然としても、明治3年頒布の『改定律例』にみられるような「鎖錮」といった処分が規定されていなかったということは、特徴的である。明治前期には、後の

時代にみられるような、精神障害者の「監護」について親族や戸長といった村落共同体に厳格な義務を負わせるというような実務は見られない。例えば、1872(明治五)年 10 月 21 日の大分県伺<sup>115</sup>では、かねてから「発狂ノ気味」であった養母が養子である被告人の留守中に自殺(縊死)していた事件に関して、この養母を病死と偽って埋葬したことについて司法省の指令を求めている。これに対し 1873(明治 6)年 1 月 20 日の司法省指令では、この養子と親戚の者および埋葬した寺の住職に「私檀二埋葬スル」罪で刑罰を科しているものの、精神障害者である養母の監督を怠ったことについて何ら言及していないことから、「監護義務」が明治初期には厳格なものではなかったことが看取できる。

上記のような監護義務の未発達とは米国の歴史学者ヴァイト(1975)の日本の前近代における狂気観に関する指摘が参考になろう。つまり、精神障害の原因が「憑きもの possession」と考えられていた時代にあつては、精神障害者は不幸な犠牲者でしかなかった。狂気が可逆的であると信じられていた時代に、社会は精神障害者の行動が正常化すると病前と同様に迎え入れる用意があつた。<sup>116</sup> こうした見地から、明治初期において精神障害者は明治中期のドイツ精神医学導入以降に比べて寛容な扱いを受けていたと思われる。

精神障害者の治療一般をみると、明治初期には治療の面でも江戸時代の状況と比べてさほど変化はなかったようである。同時代の精神障害者は、経済的に裕福な者を除いて、大部分が放置されていたものと思われる。<sup>117</sup>

## 第 2 項 明治中期以降の触法精神障害者処遇

既述のように、明治前期における触法精神障害者の処遇は詳細に定められていた。刑事罰のなかに民事の賠償制度も内包する律制度化の刑罰は、その中に必要的に触法精神障害者の処遇を定めるものであった。

これに対して、1882(明治 15)年旧刑法施行後には、こうした司法と処遇の必要的な繋がりは存

在しなくなり、これは 2004 年春に予定される「心神喪失者医療観察法」施行まで 122 年間続いた。つまり、その間の実際の触法精神障害者処遇は、精神障害者処遇制度に委ねられていた。以下、精神障害者に関わる医療制度を概観する。

## 1 精神障害者収容施設概史

日本に西洋の精神病院が紹介されたのは、1873 年(明治 6)年 福沢諭吉の著書『西洋事情』<sup>118</sup>によってであった。「癲狂院」は文明開化という当時圧倒的勢力を誇る風潮の先端にある施設として日本に伝えられた。次いで日本に精神病院が設立されたのは 1875(明治 8)年、京都においてであった。この日本最初の公立精神病院である京都府癲狂院は南禅寺内に民間の寄付金で設立されたが、明治 15 年には「収支つぐなわず」という理由で京都府によって廃止された。<sup>119</sup> 他方、京都府癲狂院が設立されたのと同年に加藤照業が東京で精神病専門医として開業する。彼が 1876(明治 11)年に設立したのが日本最古の私立精神病院である加藤瘋癲病院(明治 31 年失火の責任を負って廃院)である。

一方、現存する日本最古の精神病院は現在の都立松沢病院の前身である東京府癲狂院であるが、これは 1879(明治 12)年、東京の上野養育院内病室の一部に精神病室が設けられたのを起源とし、養育院移転後にこれが「東京府仮癲狂院」と称され、のち 1881(明治 14)年には「東京府癲狂院」となった。その上野養育院の創設もまた、これまでみてきた精神障害者関連の立法や専門知識の導入と同様に、以下のような外交上の配慮に端を発している。

その外交上の配慮とは以下のようなものであった。1872(明治 5)年 10 月、ロシア皇太子アレクセイの来日を控え、東京府知事は営繕会議所<sup>120</sup>に対して府内の「乞食」を「救済」する方法を諮問した。「危険の源であり帝都の恥である乞食・浮浪者を街上から一掃するという治安上・外交上の配慮」<sup>121</sup>をする目的で養育院創設は立案された。これをうけて営繕会議所は工場・日雇い会社・救貧院設立の要を説く「救貧三策」<sup>122</sup>を答申し、これに基づき同年 10 月 15 日に養育院が設立された。



ちなみにここでの収容者の扱いは、非人頭<sup>123</sup>の長谷部善七(車善七)に委任された。ちなみにロシア皇太子の東京入りは10月16日であり、養育院設立のまさに翌日であった。養育院設立は、福祉目的というよりも、治安・外交上の配慮から決行されたのである。このことは外交上の問題に直面した際に、泥縄式の政策を打ち立ててきた日本における精神障害福祉政策の歴史的象徴ともいえよう。

養育院は1873(明治6)年は上野に移転する。それに伴い、養育院「入院条件」が会議所の決議をへて府庁に上申されたが、その中に「病者ハ病室ニ置キ、癡疾者盲人瘋癲人等各其室ヲ異ニシテ、各室ニ看護人ヲ付シ、療養ヲ尽サシム」という項目がみられる。これは狂人室を養育院内に設けることを想定してなされたものであるが、実際に狂人室がつくられるのは1875(明治8)年になってからであった。これは京都府癲狂院の発足と同じ年であるが、岡田はこのことについて、「維新直後の混乱がおさまって、東西両都において精神疾患患者の問題が表面化してきたのであろう」<sup>124</sup>と分析している。

養育院での医学業務に関しては、当初患者をする収容のみであったが、1873(明治6)年1月には開業医に被収容者の医療を囑託しており、さらに同年12月には第一大学医学校から養育院に対し屍体解剖の交渉があり翌年実現している。「近代的」な意味での病院と、教育機関の関係がはじまったのである。更には1875(明治8)年東京府病院<sup>125</sup>から養育院に屍体解剖の申し込みがなされている。つまり政治的には対外政策の一貫として泥縄式につくられた養育院は、医学者にとっては研究の場、つまり研究対象を提供する場として発達していったのである。

1879(明治12)年、養育院が神田に移転すると、従来の狂人室等の設備を東京府病院に貸し出し、ここにおいて東京府癲狂院が発足する。初代病院長は東京府病院長であった長谷川泰である。

<sup>126</sup> 設立当時、東京府癲狂院患者の取扱については、治療よりもやはり監置が中心であった。患者は60人に対し、事務員1人看護人(男子のみ)7、8人をおいて世話をさせ、患者に1日3回

食料を与えるのが看護人の仕事で、入浴・室内掃除は週1回、病室も男女の区別なく雑居・混乱していた。また、患者に手錠をかけるのが通常であったとされており、設立当時の患者60人に対し手錠が60個備品として用意されていたことから、全員がこうした方法を用いられていたとおもわれる。

<sup>127</sup> 緩やかな変化を遂げながらも(男女病室の一部別、看護人の増加)、1881(明治14)年、中井常次郎が初めて専任院長となると、男女病室を完全に区別し、女性患者には女性看護人にあたらせるようになる。患者の取り扱いはなるべく不拘束法 non restraint system をとり、運動場・庭園などの設備において患者の慰安につとめた。中井時代の診断法はヨーロッパ精神医学の最も古典的な四分法(躁、鬱、偏、痴)を用いており、これは疾病の分類というよりも状態像を大まかに見て分類したものであった(したがって状態が変われば、診断も変わる)。1887(明治20)年にはヨーロッパ留学から帰国したばかりの榊俣が医長(こののち昭和24年まで東京大学医学部精神医学教室教授が医長を兼務、実質的な病院内での権限は事務掛長におかれることとなる)に就任し、1889(明治22)年には東京府癲狂院は巣鴨病院と改称する。榊俣の下での患者の取り扱いも原則として不拘束法によっているが、危険な行為がある場合、合併症の治療をなす場合など拘束法(病檻、手革足革、布団巻き)が採られていた。また患者に「小細工ヲ為サシム」など、一種の作業療法<sup>128</sup>もみられる。

## 2 精神障害者関連規定

精神障害者の「保護」、私宅監置そして精神病院への入院関する規定は全て、警察の管轄であった。第3章でもみたように、公衆衛生学、法医学そして精神医学は「国政医学」として公益に資するものであり、公益の番人たる警察の業務であった。こうした諸規則は「精神病者と犯罪者の区別が不明瞭であり、病院への入院と精神病者の制縛を公認しており、精神病者の保護よりはその監置に重点が置かれた」ことが大きな特徴であり問題でもあった。<sup>129</sup>以下、警察諸法令にみられる精神障害者処遇を時系列順に検討する。

### (1) 明治 5 年東京番人細則

1872(明治 5)年、いわゆる行政警察の前身である「番人」の職務執行を定めた「東京番人細則」には以下のように精神障害者の取扱いを定めている。

路上癲狂人アレハ穩ニ之ヲ介抱シ其暴動スル者ハ取押ヘ其地ノ戸長ニ引渡スヘシ<sup>130</sup>

ここでは、屋外で保護された精神障害者は比較的穏当な扱いを受けていたようであるが、「暴動」する場合の引渡し先は親族ではなく「戸長」となっているように、村落共同体の精神障害者への「保護義務」が実務上存在していた。

### (2) 明治 8 年 3 月 7 日行政警察規則(太政官達第 29 号)

本規則は、1948(昭和 23)年 1 月 1 日に失効するまでの約 70 年にわたり効力を有していた。ちなみに、行政警察の職務としては、まず第 1 章「警察職務之事」第 3 条「其職務ヲ大別シテ四件トス」として「第一 人民ノ妨害ヲ防護スル事 第二 健康ヲ看護スルコト 第三 放蕩淫逸ヲ制止スル事 第四 国法ヲ犯サントスル者ヲ隠密中ニ探索警防スル事<sup>131</sup>」とし、当時の大衆の日常生活に深く関連する業務内容であった。その中で行政警察規則第三章「巡查勤方之事」の第 18 条「路上狂癲人アレハ穩ニ之ヲ介抱シ其暴動スル者ハ取押ヘ其地ノ戸長ニ引渡スヘシ」として、東京番人細則と同様の記述がみられる。

行政警察それ自体にいかなる機能が期待されていたかという視点から上記規定を再度検討すると以下のような結論を導くことができる。1874(明治 7)年 1 月太政官達第 14 号検事職制章程司法

警察規則の「第3章 司法警察ノ事」の第10条には「司法警察ハ行政警察予防ノ力及ハスシテ法律ニ背ク者アル時其犯人ヲ探索シテ之ヲ逮捕スルモノトス」とある。つまり、行政警察は犯罪の「予防」をその活動の目的としており、上記精神障害者の「介抱」も、こうした犯罪予防活動の一環であることが分かる。

### (3) 明治11年警視庁布達甲38号

精神病院入院に関しては、ようやく1878(明治11)年5月31日に東京警視庁布達甲第38号に規定された。

瘋癲人看護及ヒ不良ノ子弟教戒ノ為メ不得已私宅ニ於テ鎖錮セシメントスル者ハ明治九年三月十日元警視庁ヘニ於テ区戸長ヘ相達候懲治檻入願手続ニ照準シ其事由ヲ詳記シ親族連印ノ上(瘋癲人ハ医師ノ診断書ヲ添ヘ)所轄警視分署ヘ願出認可ヲ可受

ここでは瘋癲人監護のために私宅に鎖錮しようとする者は懲治場入檻手続きに準じて事由詳記し、親族連印のうえで、医師の診断書を添えて所轄警視分署へ願い出て認許をうけるよう指示されている。私宅監置時に精神障害を証明するため医師の診断書を要するということは、江戸時代の入牢の際には医師の診断書必要としていたことからわかるように、ごく合理的な措置であった。ちなみに裁判医学校ではこの3年前に精神医学の講義を含む断訟医学の授業が行われてはいるものの、大学における講義は未だ始まっていない。こうした時期にあって、「医師の診断書」がどの程度評価されるのかは議論が分かれるところであろうが、医師が精神状態を査定するという行為が、ある程度、その査定の公平性・信頼性を担保していたことがわかる。

さらにここでは、不良子弟の懲治入檻手続に準じるなどとしていることも、律的な手続といえる。この布達は一般的に1900(明治33)年「精神病者監護法」の基礎とされ、その特色は家族にその処

遇責任を課す基本方針が示されていることである。

1880(明治13)年になって、この38号布達は後に以下のような改正がなされる。

#### (4) 明治13年警視庁布達甲第16号

瘋癲人看護及ヒ不良ノ子弟教戒ノ為メ私宅鎖錮出願手續去ル明治一一年五月甲第三八号ヲ以テ布達候  
処右ハ区戸長ノ奥印ヲ受クルニ不及其事由ヲ詳記シ懲治檻入願手續第一条ニ照準シ親戚連印ノ上所轄警  
視分署ヘ願出認可ヲ受候儀ト可相心得

警視庁布達甲38号における特色は、私宅鎖錮の手續きとして「区戸長ノ奥印」が必要であったが、ここではそれを改め、「事由ヲ詳記」した上で、親戚連印の上所轄警視分署に願い出ることになっており、初期の精神障害者の保護義務者であった「戸長」から、同様の義務が「親族」へと狭められたことにある。精神障害者の保護にかかる義務を「公」から「私」に迫いやろうとする意図を伺うことができる。

次に1884(明治17)年1月16日、警視庁布達甲第3号は以下のように38号布達を改めている。

#### (4) 明治17年警視庁布達甲第3号

明治11年布達甲38号は、明治17年1月16日警視庁甲第四号布達により違警罪に私壇瘋癲人鎖錮が入るという形で改正される。

内容は以下になる。

瘋癲人看護ノ為メ私宅ニ於テ鎖錮セントスル者ハ其ノ事由ヲ詳記シ最近ノ親族二名以上  
連署ノ上医師ノ診断書ヲ添ヘ所轄警察署ヘ願出認可ヲ受ケ解鎖ノ時ハ其旨届出ツ可シ之ニ違反シタル者ハ  
違警罪ノ刑ニ処セラル可シ右布達候事

私宅監置にかかる手続違反は違警罪として刑事処罰の対象になったのである。同日警視庁乙第 1 号達は「自今私立瘋癲病院へ患者視察ノ為メ臨時主務ノ官吏ヲ派遣シ且其出入人員等ヲ調査セシム可ク」として、私立精神病院への警察の介入がはじめられる。さらに同年警視庁布達甲第一五号は甲第 3 号布達を私立瘋癲病院への入院退院にも拡張している。このように明治 17 年に次々と布達が出されたのは、相馬事件(第 1 部第 1 章第 5 項参照)では精神病院入退院の許可に関する先に述べた一連の警視庁布達の不備が明らかになったことが原因であった。

#### (6) 明治 17 年 8 月 13 日警視庁布達第 56 号

その後の精神障害者に関する警察機関の姿勢は 1884(明治 17)年には『瘋癲人取扱心得』として詳細に定められている。<sup>132</sup>

瘋癲人取扱心得別紙ノ通知ヲ定ム

瘋癲人取扱心得

##### 第一条

瘋癲人ヲ私宅ニ鎖錮シ又ハ私立瘋癲病院ニ入院セシメント願出ル者アル時ハ医員ヲ伴ヒ病家ニ出張シ調査ノ上事実上相違ナキ者ハ願書ニ認可ノ旨ヲ朱書シテ之ヲ下附シ其疑ハシキ者ハ事情ヲ具シ指揮ヲ受クヘシ但認可ヲ為シ及び鎖錮出院ヲ届出タル時ハ其都度第二局並ニ私宅若クハ病院所轄ノ警察署へ通報スヘシ

##### 第二条

前述認可ノ後私宅又ハ病院ハ其所轄警察使ニ於テ毎月一回巡回シ其取扱方等ヲ視察シ若シ事故アル時ハ具状シテ指揮ヲ受クヘシ尤モ事実疑フヘキ廉アルカ又ハ過酷ノ処置アルヲ聞知シタル臨時出

張シテ之ヲ視察スヘシ

### 第三条

毎月私宅鎖錮者及ヒ入院患者ノ現数ヲ其所轄警察署ニ於テ取調ヘ翌月三日限り第二局ヘ通知スヘシ

### 第四条

路上瘋癲人ハ引取人アルハ之ニ引渡シ其之ナキハ所轄ノ自他ニ拘ハラス東京府所轄癲狂院ヘ護送シ其事由ヲ第二局及ヒ本人ヲ認メタル他ノ区役所又ハ戸長役場ヘ通知スヘシ但第二局ヘハ別紙報告書ヲ以上差出スヘシ

この中で注目すべきは、第 1 条に医員による出張診察が規定されていること、また第 2 条にみられるように、「過酷」な私宅監置ならびに病院内処遇を取締の対象としていることである。非人間的な処遇を取り締まっていることは評価に値するが、逆に「適切な」処遇の基準を持たない警察によるこうした介入は、精神障害者の立場からの介入というよりも、第 3 条にみられるような精神障害者の動向把握のための処置といった側面も否めないであろう。

相馬事件での騒動がひと段落すると、精神障害者に関する法令はその 10 年後、1894(明治 27) 年まで改正されることはなかった。

### (7) 明治 27 年警視庁令第 25 号

精神病患者ヲ看護治療ノ為メ制縛若ハ鎖錮シ又ハ官立公立私立病院ヘ入レントスル者ハ其事由ヲ詳記シ親族(親族ナキトキハ縁故アル者)二名以上連署シタル書面ニ医師ノ診断書ヲ添ヘ所轄警察署又ハ警察分署ニ届出テ認可ヲ受クヘシ其制縛鎖錮ヲ解キ又ハ退院セシメタルトキハ三日以内ニ該警察署又ハ警察分署ニ届出ツヘシ犯シタル者ハ一日以上十日以下ノ拘留又ハ五錢以上一円九十五錢以下ノ科料ニ処ス但明治十七年一月甲三号布達ハ廃止ス

これによって、先に出された警視庁布達第3号は廃止された。違法な私宅監置および入院が罰則について改められるのだが、内容的にはさしたる変化はみられない。しかし10年以上前の明治17年に出された一連の布達に比べると「瘋癲人」とされていた精神障害者の呼称が「精神病患者」と改められるなど、近代的西洋精神医学の普及をこうした部分にもうかがうことができる。

このように1900(明治33)年「精神病患者監護法」成立以前、精神障害者に関する法手続はひとまず確立していたが、東京以外の地方では上記の諸規定を準用するなど、その適用範囲は曖昧なものであった。全国規模で施行される精神障害者の処遇に関する法規定はやはり後述の「精神病患者監護法」を待たねばならなかった。

#### (1) 相馬事件の影響

「精神病患者監護法」は相馬事件(第1部第1章第5項参照)の影響のもとで、違法な私宅監置を取り締まり、また全国にその手続きを知らしめるために制定された。相馬事件は1895(明治28)年にひとまず落ち着いているが、この後、1898(明治31)年には知的障害児花村新六が本郷区春木町の漬物商の納屋に放火し、本郷目抜き通りの商家など千戸余りを消失させた事件も改めて社会的関心を精神障害者処遇に向けたとされる。<sup>133</sup>

相馬事件に関して特にここでいう「社会的な影響」の内容というのは日本国内での相馬事件への社会的関心もさることながら、外国における相馬事件の報道の明治政府に与えた影響が重大である。例えば、アメリカ合衆国の諸新聞は、相馬事件では錦織が宣伝した相馬家より政府要人への賄賂工作を中心に報道し、日本は無法地帯に近い国だと論じ、イギリスの新聞では日本の法律の不備を示すものとして報道され、条約改正を急いでいた明治政府は諸法制整備の一環として「精神病患者監護法」の制定を急いだ。<sup>134</sup>

こうした外圧に対する対応はわが国における精神医学・精神障害者処遇の歴史の中できわめて頻繁に遭遇するものであった。これまでに検討しただけでも、①開国後の外国人居留数増加に伴う外国人と日本人が当事者となる事件を解決するための裁判医学の導入の仕方、②精神病院の



前身である養育院内の精神病室設置とロシア皇太子来日、さらに戦後においても③1964(昭和39)年におこった、米国人ライシャワー駐日大使が大使館内で精神分裂病の少年に刺された事件に端を発する1965(昭和40)年の精神衛生法改正、そして④1984(昭和59)年の報徳会宇都宮病院における病者虐待、違法行為の告発により非政府間国際機関(NGO)などの調査がなされ、これが1988(昭和63)年の精神保健法の成立と深い関わりを持っていたことなど、その事例は枚挙にいとまがない。これは「医療福祉の政策を国内的配慮よりは対外的配慮によって行う」<sup>135</sup>という日本の精神福祉政策の特質を示しているものといえよう。

### 第3項 「精神病患者監護法」の成立

わが国の精神障害者処遇について語るときにまず挙げられる特徴は「精神病院の不足」と「私宅監置(座敷牢)」という、表裏一体の問題である。慣習的に行われていたこうした私宅監置を最終的に明文化したものは1900(明治33)年精神障害者監護法がはじめとされ、これが太平洋戦争終了後1950(昭和25)年精神衛生法成立まで日本の精神障害者処遇の中心をなしており、その影響は現在のわが国の精神障害者に対する差別問題の原点とされる。<sup>136</sup> 以下、「精神病患者監護法」の内容、および呉秀三の改革運動についてみていく。

#### 1 「精神病患者監護法」の内容

「精神病患者監護法」(明治33年3月10日 法律第38号)は全23条からなる法規である。その構成は、監護義務者についての定義と義務内容、監置の詳細な手続、行政庁の権限、そして詳細な罰則規定である。

### (1) 監護義務者

監護義務者に関する規定「精神病患者監護法」の冒頭に挙げられている。

具体的に、監護義務者は後見人、配偶者、四親等親族、戸主であり、民法 908 条で後見人にならないものはこのかぎりではない。義務履行順位は①後見人、②配偶者、③親権者たる父または母、④戸主、そして⑤前各号に掲げたる者外の子等の親族中より「親族会」が選任した者の順である。(第 1 条) また、監護義務者以外の私宅監置は禁止された(第 2 条)。

監護義務者がいない場合については、監護義務者がその能力がない場合には「精神病患者」の住所地または所在地の区町村長が勅令により監護する(第 6 条)。

ここで、当然のことながら監置に際し、精神障害者の同意は必要とされていないことは注意を要する。本人の同意入院の規定の有無は、その精神障害者関連法規がいかに関人的権利を尊重しているかを示す、最も基礎的なものであるとされる。

さらに監護費用に関しては、被監護者の負担であり、被監護者が弁償できない場合には、その扶養義務者の負担であった(第 10 条)<sup>137</sup>。監置にかかる費用を被監置者または扶養義務者の負担、つまり全面的に私費としていることなどから、この時代の精神障害者やその家族を悲惨な生活環境に陥れる原因となったと考えられる。非常に重要なことは、こうした一連の規定は精神障害者処遇に関する国家責任を放棄している当時の現状をよくあらわしていると思われる。こうした一連の規定は、精神障害者処遇に関する国家責任を放棄している当時の状況をよくあらわしている。このことは、注目に値する。「公益」である監置にかかるあらゆる意味でのコストは全面的に個人負担とされたのである。

### (2) 許可前置主義と仮監置

私宅監置については原則、行政庁の許可前置主義をとるが、緊急の場合は私宅監置（仮監置）をした後 24 時間以内に行政庁に届ける。仮監置は 7 日を越えてはならない。さらに監置を廃止した後 3 年以内に再度監置する場合、または民法 922 条により禁治産者を監置しようとするときは行政庁にとどけなければならないことが定められていた（第 3 条）。また、監置方法・場所を変更した際は、24 時間以内に行政庁に届けることが義務付けられた（第 4 条）。

### （3）監置の変更

監置した精神障害者が治癒した場合、死亡した場合、行方不明となった場合、監置を廃止した場合は 7 日以内に行政庁に届け出なければならない（第 5 条）。

### （5）行政庁の権限

行政庁は必要な場合、監置の許可を取り消し、監置の廃止を命じ、方法場所の変更を命令することができた。監護義務者がこれに従わない場合は、行政庁は直接に監置を廃止することができた（第 7 条）。

また、監置の必要がある場合、監置不相当と認められるとき行政庁は第 1 条の順位に関係なく監護義務者を指定して監護を命じることができる。急迫の事情ある場合には第 3 条第 2 項を準用して行政庁が仮監置することができる。さらには市区町村長が監護する精神病患者の監護義務者を発見し、または監護義務者が義務を履行しうようになった場合、また前項と同様に本条によって精神病患者の監置を命令された監護義務者が義務を履行しないときは、第六条の例によって市区町村長がこれを監護すべきものとされた（第 8 条）。

また、精神病患者監護法の規定は、私宅監置だけでなく、精神病院についても規定がおかれた。具体的には、私宅監置室、公私立精神病院および公私立病院の精神病室は行政庁の許可を受

けなければ使用できないとされた(第 9 条)。私宅監置室、公私立精神病院および公私立病院精神病室の使用を行政庁の監督下に置くだけでなく、その設備構造から管理方法までもその命令によるものとされ、わが国にいう「監護」が「治療なき監置」に終始する原因をつくったものと考えられる。事実、後に述べるように、呉秀三の病院改革は「精神病患者監護法」を盾にとる行政庁によって妨害されるのである。さらに公立病院の精神病室の管理を警察部の所管としたことから、結果的に精神病院の医療の場としての発達に歯止めをかける結果になったのである。<sup>138</sup>

また、ここでは医師の診断も行われる旨の規定があるが、裁量的なものであったようである。具体的には、行政庁は必要と認められれば、指定医師に精神病患者の検診をさせ、または官吏もしくは医師に、精神病患者に関して必要な尋問をさせ、または精神病患者がおかれている家宅、病院、その他の場所に臨検させることができるとした(第 11 条)。

#### (6) 権利侵害が生じた場合の法的救済

不服申し立てに関しては、簡単な規定が置かれている。精神病患者監護法または、同法に基づいて発する命令の執行に関して行政庁の違法処分により権利を侵害されたものは行政裁判所に出訴できることが定められ(第 12 条)、本法または本法に基づいて発する命令の執行に関して行政庁の処分に不服があるものは訴願を提起できるとされた(第 13 条)。

#### (7) 罰則

精神病患者監護法の第 14 条第 20 条までは、個々の違法行為に関し罰則の規程がおかれている。

医師に対する罰則として、官吏、公吏または行政庁の命令で公務を行う医師が本法の執行に関して不正があった場合(第 14 条)、官吏、公吏または行政庁の命令で公務を行う医師が本法の執

行に際して賄賂を受受し、またはこれを聴許した場合(第 15 条)に定められていた。

また、違法な手続きに基づく精神障害者の身体拘束については①「詐為ノ所為」をもって行政庁の許可をうけ、若しくは虚偽の届出をなし、精神病者を監置し拘束したもの、②医師精神病患者の診断書に虚偽の事実を記載し、または自分で診断せずに診断書を授与したものが罰せられた。さらに①精神病患者の監置に関して虚偽の事実を記載した願い、届け、その他の書類を行政庁に提出したもの、②監護義務を履行すべき順位にないものが、許可を受けず、または命令によらずして監置を廃止し、または監置の方法もしくは場所を変更した者、そして③官吏又は行政庁が指定した医師の臨検、もしくは検診を拒み、またはその尋問に対し答弁を為さず、もしくは虚偽の答弁を為したる者(第 18 条)が取り締まりの対象とされた。

手続きによらない監護については、①許可をうけず、届出を為さず、もしくは命を受けずして精神病患者として人を監護したもの、②禁治産の宣告または、監置の許可を取り消され、または監置の廃止を命令され、もしくは仮監置の期間を経過した後も廃止しないもの、そして③許可を受け、届出をなし、もしくは命を受けたる程度を超えて精神病者を拘束したものが、罰則の対象となった。

また、監護義務者の義務違反については、①監置の方法もしくは場所の変更の命令を履行しない者、②監護義務者が精神病患者の監置を命せられたにもかかわらずこれを履行しなかった者、③第 8 条第 4 項及第 9 条第 1 項に違背した者が対象となった。

以上が精神病患者監護法の詳細であるが、この「精神病患者監護法」は精神障害者の不法な監禁を取り締まるものという大義名分のもとでその制定が押し進められていったが<sup>139</sup>、結果的にはそれまで量的には少なかった私宅監置を明文化することにより促進する結果となった。岡田ら(1965)は、呉秀三の私宅監置に関する詳細な調査<sup>140</sup>における個々の患者の監置年を分析し、私宅監置を明文化した 1900(明治 33)年「精神病患者監護法」により、私宅監置数が増大したことを指摘している。

141

上記のように「精神病患者監護法」の内容は、患者の治療・保護を目標としたというよりは、監置に重点が置かれていた。事実、法制定にあたった当時の司法省法務局長・梅謙次郎は制定の六年

後に、監護法は『警察法規』であり、官公立精神病院の設立が前提であったと述べている。<sup>142</sup>

## 2 病院改革と「精神病院法」

榊俣の死 1897(明治 30)年をきっかけとして、文部省の命令で急遽ドイツに留学した呉は、1901(明治 34)年帰国し、東京大学教授および東京府巣鴨病院医長を兼任すると「呉改革」<sup>143</sup>として有名な病院改革に着手した。<sup>144</sup> 呉の改革は監置よりも治療をめざすものであり、後述するように患者の監置に重点を置く「精神病者監護法」の基本理念と相反するものであったことから、同時に呉は「精神病者監護法」改正に向けて努力するようになる。

東京府癲狂院内における改革の具体的内容はおおまかにいって、監置の持つ社会防衛的色彩を払拭するための「・ 人道的処遇」と欧州留学時に視察した呉が理想とする「・ 近代的医療システム」の導入の2つに分けることができる。つまり①人道的処遇:不拘束主義(看護人の暴行禁止、手皮足皮破棄、布団巻きの禁止)および②近代的医療システムの導入がそれである。とくに後者については、患者処遇の改善(作業療法の開始・教育治療<sup>145</sup>、院内の清潔法および伝染病対策、室外運動・構外運動)、クレペリン体系の導入<sup>146</sup>、病院の増改築(狂躁室の減少、便所誘導処置、施設部通常病院の大部屋化)、外来診療開始、看護人教育の徹底・看護人待遇の改善(不良看護人の解雇・懲戒処分、看護人採用試験の導入、看護法講習会、看護人待遇改善を府庁に申請)がなされた。

この他にも、病院内では院長制度への復帰<sup>147</sup>や『精神病者慈善救治会』を組織し<sup>148</sup>、社会的には精神病院の設立の要<sup>149</sup>を訴えるなど、呉の改革は特に 1910 年代を中心に精力的に続けられた。

しかし一方、無拘束主義を採る呉の方針は現場にも、また東京府庁にも反発や不安をよんだであろうことは、明治 36 年に巣鴨病院に対して出された府庁内務課第一課の数度にわたる「内訓」からわかる。「外国ニ於ケル放縦主義」を導入しようとする呉にたいし、内務課は「外国ノ例証ハ単純

ニ参考ノ資料タルニ過キサルナリ」として退けており、「精神病者監護法」をもって、公益である監護は私益である治療に優先する、としている。さらには「病院ノ目的ハ治療ニアリシ監置ヲ以テ已ムヲ得サルノ付随条件ナリト云フガ如キハ誤解ノ甚タシキモノナリ」としていることから、呉の改革は容易ではなかったことがわかる。<sup>150</sup>

この後、呉は精神病院の設立をとねえ、私宅監置の禁止に向けて調査<sup>151</sup>・運動を続ける。彼の努力は1919(大正8)年3月第41議会で可決された「精神病院法」(大正8年3月27日:法律第25号)として実ったかにみえた。その内容は①都道府県に精神病院の設置を命ずることができる、②市町村長の監護すべき者、罪を犯した者で司法官庁が危険と認めた者、療養の道なき者を精神病院に入院させることができ、③国庫補助金を2分の1から6分の1とする、④病院長は入院患者に対し監護上必要なことができる、⑤承認を得て私立精神病院を公立病院の代用とする、といった当時の劣悪な精神障害者の拘禁環境を改善するには全くといっていいほど不十分なものであった。実際、精神病院法施行後も私宅監置は減らず、精神病院が新たに設立されることもなく、国の精神医療に対する姿勢は依然として保安面を重視するものであった。

### 3 小括

既に本章第1項で述べたように、触法精神障害者と処遇の「必要的」なつながりは、明治初期より後には存在しない。にもかかわらず触法精神障害者は十分に保安的な被拘禁環境にあった。欧州の古法において触法精神障害者はその病ゆえに既に罰を受けたものとして刑罰から排除されたが、日本の戦前期にはその病ゆえにさらなる「罰」を受けた。特に「精神病者監護法」施行以後、刑事手続で「免訴」もしくは「無罪」の判決を受けることは、時間的に無制限の被拘禁下におかれることを意味した。呉秀三の有名な「二重の悲劇」が触法精神障害者においては「三重の悲劇」たりえた。つまり、精神に障害を持ったこと、この国に生まれたこと、そして保安対象として治療なき拘禁を受け続けることであった。精神障害者へ加えられた「声なき虐待」は、戦時中にはさらなる悲劇を生

んだのである。

#### 第4項 戦後の精神障害者関連法規の展開

##### 1 治療史

すでに検討したように、精神科治療の中心は、鑑別と施設収容（主に私宅監置）であり、宗教施設等で民間療法に近い形で水治療法などのいわゆるショック療法が行われるか、病院施設で moral treatment として作業療法が一部で行われていたに過ぎなかった。

20 世紀初頭から、精神科治療として身体療法が始められ、さらに薬物療法の著しい進展には目覚ましい効果があったと同時に、日本におけるいわゆる精神科特例とも関連して精神科治療機関での安易な患者の「薬漬け」を生み出すこととなった。以下近時における精神科治療の歴史を概観する。<sup>152</sup>

19 世紀には、多少なりとも科学的な治療法として評価されるのは、既述の患者を長時間温水もしくは冷水に浸す水浴療法、睾丸摘出、輸精管結紮などのいわゆるホルモン療法、ソムニフェンやスルフォナールを用いた（相対的に近代医療の色彩をもった）持続睡眠療法であったが、これらはいずれも対症療法でしかなかった。

向精神薬療法以前の時代には、発熱療法が進行性麻痺に対してとられた。これは 1917 年オーストリアのヤウレグ von Jauregg の「進行性麻痺に対するマラリアの効果について」という論文（1927 年右論文でノーベル医学賞を授与）が契機となり施術されるようになった。日本へのマラリア療法導入は服部六郎とされる。現在では進行性麻痺そのものが減少し、発症したとしてもペニシリンの大量療法で治療されることから右治療法がとられることはない。発熱療法の意義は、当時の代表的な精神病である進行性麻痺が身体的な基礎を持つ「脳病」であること、またこれが身体療法で治療可能であることを示した点にあり、精神医学が科学の一分野として認知されるために発熱療法が果たした歴史的意義は大きいと評価される。<sup>153</sup>



オーストリアのザーケル Sakel は、モルヒネ禁断症状の治療のために昏睡に至らない程度の量のインスリンによる低血糖状態をこころみ、一定の成果をあげ、1935 年 分裂病に対するインスリンショック療法が始まった。日本においては 1937(昭和 12)年に久保喜代二により同療法が導入された。これは手技が複雑である等の理由から 2 年後に発表された痙攣療法に替わられたとされる。<sup>154</sup>

また、てんかんと分裂病が拮抗作用があるとの仮説(現在では両者の合併が認められている)から、精神分裂病患者に痙攣を起こさせて治癒させようとする、いわゆる痙攣療法が、1937 年ハンガリーのメズーナ Meduna により発表された。これは合成強心剤のカルジアゾールを静脈内注射し、痙攣発作を誘発するカルジアゾール・ショック療法とよばれるものであった。

同年スイスで開かれた「精神分裂病の治療法」に関する第 1 回国際会議でイタリアのビニー Bini が分裂病の痙攣療法の手技として電気使用の可能性を述べ、1938 年ツェルレッティ Cerletti とビニーが「電気ショック療法」として頭部への通電による痙攣の誘発法を発表すると、時期を同じくしてまたたくまに世界中に広がり、一時は精神分裂病治療の主流をなした。しかしながら、痙攣の持つ悲惨なイメージとまれに起こる骨折などの危険性、そして抗精神病薬のめざましい発展のために一時はほとんど使用されなくなっていたが、近年無痙攣性電気ショック療法の導入により、うつ病に対する即効性と高い有効性が見直されているようである。分裂病の治療には抗精神病薬が第一選択であり、電気ショック療法は薬物療法に反応しない場合に最後の手段として用いられることもあるとされる。<sup>155</sup>

次いでロボトミー療法であるが、これは 1935 年ポルトガルの モニス Moniz(1949 年にモニスはこれによってノーベル医学賞を受賞している)によってはじめられ一世を風靡した。<sup>156</sup> これは前頭葉の半卵円中心において白質を破壊することによって病的な精神状態を除去することができる、という仮説に基づいて行われたものである。同年 上記仮説に基づき、脳外科医のリマ Lima の協力を得て 60 歳の女性にロボトミー手術を行うようになった。手術は不安、苦悶、心気妄想、情動興奮、二次妄想に効果を収めた。1949 年フリーマン Freeman とワッツ Watts は改良型前頭葉ロボトミーを

発表し、これが標準型ロボトミーとして世界中に広まった。

日本では 1948(昭和 23)年ごろから学会で報告がみられるようになり、1950(昭和 25)年に中川秀三が宿題報告を行ったところが最盛期とされるが、その後向精神薬療法(睡眠薬や鎮痛剤など)の発展とともにほとんど行われなくなった。<sup>157</sup>

向精神薬発見の歴史は、20 世紀中葉以降の進展であった。

抗精神病薬として4560R(クロルプロマジン)について、1951年にフランスのラボリLaboritが報告し、翌年に応用された。日本では1954(昭和29)年に治験が開始され、1955(昭和30)年の第52回日本神経精神学会で比較試験成績が紹介され、同年に発売された。薬物療法は非現実的なものと考えられていた精神病の治療に革命をもたらしたのが、このクロルプロマジンである。

次いで、ハロペリドールについては、1985年ベルギーのヤンセン研究所で発見され学会報告が行われた。幻覚・妄想などのいわゆる陽性反応がみられる分裂病の第一選択薬として現在も広く用いられている。

さらにリスパダールが、1984年ヤンセン社において合成された。SDA(セロトニン・ドパミン・アンタゴニスト)がこれである。これは1993年イギリスで発売され1996(平成8)年に日本で発売された。それまでドパミン一辺倒であった分裂病の薬物療法にSDAは新しい展開をもたらした。

気分安定薬としては、炭酸リチウムが、1949年オーストラリアのケイド Cade により躁病治療に有効であると報告された。さらに1954年にはデンマークのショウ Schou が追試確認し、1963年 双極性感情障害(躁うつ病)の病相予防効果も確認され、1980年に発売された。

抗うつ薬としては、1952年に抗結核薬のイプロニアジド iproniazid に気分高揚作用が発見され、1957年クライン Klein がこれをうつ病患者に試み、効果をあげたが、肝障害の副作用と食事制限の必要性のためうつ病の治療薬にはならなかった。

1959年にはイミプラミン発売、1983年には次世代向精神薬として評価の高い選択的セロトニン再取り込み阻害薬SSRIであるフルボキサミンがヨーロッパで発売され、1988年にはフルオキセチンがアメリカで発売された。<sup>158</sup>

抗不安薬(精神安定剤、トランキライザー)として、メプロバメートが、1953 年)セリン Sellin ボルス Borrus の臨床実験を経て 1955 年に発売されている。1960 年 クロルジアゼポキシドがリブリウムの名称でアメリカで発売され、さらに 1963 年 クロルジアゼポキシドより 5 倍強力な作用を持つジアゼパム diazepam が発売され、ベンゾジアゼピン全盛時代はじまる。また、セロトニン1A 受容体について、1986 年ブスロビンがアメリカで発売され、1996(平成 8)年タンドスピロンが日本で発売された<sup>159</sup> この 2 薬は依存性のない抗不安薬として徐々に市民権を得てきているとされる。<sup>160</sup>

このように、薬物療法は著しい進歩を遂げたが、いわゆる精神科特例という日本の精神化治療の発展を阻む法令によって、逆に非人間的な使用が行われている。医療法施行令(1948(昭和 23)年 10 月 27 日政令第 326 号)第 4 条の 7 には、「主として精神病、結核その他厚生大臣が定める疾病の患者を収容する病室を有する病院は、厚生省 令で定める従業者の標準によらないことができる」とし、また 厚生省事務次官通知(1958(昭和 33)年 10 月 2 日厚生省発医 132 号各都道府県知事宛)では、「各都道府県の実情により許可基準が区々にわたり、ためにその定数において相当の不均衡がみられる」として、「特殊病院に置くべき医師その他の従業員の定数」を定めている。入院患者に対しては、医師は患者の数を精神病にあつては 3 をもって除した数が 16 又はその端数を増すごとに 1、看護婦及び准看護婦は患者の数が 6 又はその端数を増すごとに 1 とされ、医師については一般病床の 3 分の 1、看護婦・准看護婦については 3 分の 2 であった。その後 2001 年前医療法改正の議論の中で、精神科特例の廃止の機運は高まったが、結局特例は温存されることとなった。その後、患者と看護師の比率は、2005 年までは他科の半分の 6 対 1 を最低基準とし、2006 年以降は患者対看護師を 4 対 1 とすると一定の改善の動きはみられる。しかし、ここにも過渡的措置が採られ、当面の間、患者対看護師の比率は 5 対 1 で、この看護師の比率の中には看護補助者の人数を含んでもよいとされていることから、本質的改善策とはなっておらず、精神科特例は現在も精神科医療の貧困の根源であるといえよう。

## 2 精神障害者関連法規

ここでは、精神鑑定の結果であるところの精神障害者処遇について検討したい。まずは、法令上の進展について検討するが、法によって明言されたことから、そのまま実際の精神障害者処遇が改善されたとみることはできないことは先に確認したい。

### (1) 精神衛生法制定

既に第1部第1章で検討したように、1900(明治33)年精神病者監護法はそれまでの精神障害者関連の警察法規の集大成ともいえるものであり、かつ私宅監置(座敷牢)を合法化するものであった。

戦後、憲法において健康であることが国民の権利として定められ、さらには公衆衛生の向上増進を国の責務とすることにより、GHQ主導により、欧米の最新の精神衛生に関する知識の導入があり、精神障害者に対し、適切な医療・保護の機会を提供することが、個人の利益として制度化される契機を持った。このような事情から1950(昭和25)年5月1日に「精神衛生法」が公布施行された。この精神衛生法は、第1章で検討した精神病者監護法と精神病院法を廃止して、精神障害者の「処遇」について、継承した法令であった。

その特徴は以下のようなものであった。<sup>161</sup>

まず、治療施設については、精神病院の設置を都道府県に義務づけた。また、都道府県知事は、都道府県が設置する精神病院に代わる施設として指定病院を指定するとした。

また、第3者による精神障害者の診察および保護については、一般人からこの申請が認められ、警察官、検察官、矯正保護施設の長の通報制度を設け。

さらに、保護義務者の制度を設けられ、精神障害者の監護については未だ一定の負担が家族に対して課されていた。しかしながら、また、自傷他害のおそれのある精神障害者の「措置入院」の

制度を設け、その費用は公費で負担するとしたことは、経済的な意味での家族の負担は軽減された。その他、保護義務者の同意による入院（これはあくまでも本人の同意ではないことに注意が必要である）、精神障害の診断に時日を要する場合の仮入院の制度がおかれた。しかし、自傷他害のおそれのある精神障害者で、入院を要するが直ちに精神病院に収容できないやむを得ない事情がある場合に、保護義務者は都道府県知事の許可を得て精神病院以外の場所で「保護拘束」をすることができるなど、未だ前時代の影響は払拭できずにいた。しかしながら、一定の進歩と評価されることとして、精神障害者を「保護拘束」する許可を得たものの他は、精神病院、精神科病室その他法律によって収容することを求められている施設以外に収容することを禁止し、さらに私宅監置制度はその後 1 年間で廃止することが明文化されたことがある。また、精神障害者を拘束することが必要かどうかを決定するため精神衛生鑑定医制度が創設された。

また、「精神障害者」の範囲として、従来は狭義の精神病患者だけを対象にしていたが、これに加えて精神薄弱者、精神病質者も対象として位置づけられた。精神疾患の周辺領域の問題はこの後の改正の際にも問題となる事項であるが、精神病質者を含むなど、その範囲は広いものであった。

また、さらに前時代の法令と比べて特徴的な点は、精神障害の発生予防、国民の精神的健康の保持向上の考え方が取り入れられ、精神衛生相談所や指導の規定が置かれたことが挙げられる。

さらに政策的には、精神衛生審議会を新設して、関係官庁と専門家との協力による精神保健行政の推進を図ったことが評価される。

## (2) 1954(昭和 29)年精神衛生法改正

精神衛生法制定を受けて、1952(昭和 27)年には国立精神衛生研究所が設置され、精神保健に関する総合的な調査研究が行われ、その後の法改正にも大きく貢献した。さらに翌年には日本精神衛生連盟が結成され、同年 11 月には第 1 回全国精神衛生大会が開催され、精神衛生領域の進歩・発展に貢献した。

他方で、刑事法領域においては、1954(昭和 29)年 6 月に、「覚せい剤取締法」(1951(昭和 26)年 6 月 30 日法律第 252 号)の改正(1954(昭和 29)年 6 月 12 日法律第 177 号)によって、覚せい剤の慢性中毒者で精神障害者でないものにも拡大して、精神衛生法の対象とする「精神衛生法」の改正が行われた。この背景には、戦後青少年の間に、覚せい剤、麻薬、あへんの慢性中毒による精神障害者が増加し、特に覚せい剤は、使用がますます拡大していたため、その発生の予防を図るため行われたとされる<sup>162</sup>。

1954(昭和 29)年精神衛生法改正の概要は以下のようなものであった。<sup>163</sup>

第一に、既に述べたように、覚せい剤の慢性中毒者で精神障害者でないものをも、精神衛生法の対象とした。またこの改正では、精神病院の普及を図るため、従来の都道府県立精神病院への国庫補助の他に、非営利法人の設置する精神病院の設置及び運営に要する経費に対しても、国庫補助を行う規定が設けられた。1954(昭和 29)年 7 月の全国精神障害者実態調査によって、精神障害者の全国推定数は 130 万人、うち要入院は 35 万人で、病床はその 10 分の 1 にも満たないことが判明したことも、こうした政策を必要とした背後事情として存在した。しかし、この非営利法人の設置する精神病院の設置及び運営に要する経費に対し、国庫補助の規定が設けられたことが契機となり、精神科病床の急速な増加を招来し、5 年後の 35 年〇には約 85,000 床に達するに至った。これは、現在の私立病院への過度の依存という問題現象の遠因ともいべき施策であろう。

一方、治療法についても、後に検討するように、昭和 20 年代末ごろから抗精神病薬による薬物療法が普及しはじめた。また、薬物療法以外でも精神療法や作業療法等の治療方法の効果が経験的に認められた。こうした治療のうえでの進歩によって寛解率は著しく向上し、在院期間が短縮され、これに伴って、予防対策や在宅障害者対策がより重要な施策となった。

1960(昭和 31)年 4 月 1 日には、厚生省公衆衛生局に精神衛生課が新設され、精神保健行政は一段と強化された。<sup>164</sup>

### (3) 1965(昭和 40)年改正精神衛生法

戦前に比して、飛躍的な進歩を遂げた精神障害者対策であったが、1956(昭和 38)年には精神障害の実態調査が行われ、これによって全国的な精神障害者の数、医療の普及度等が明らかになり、治療や指導を受けないまま在宅している精神障害者が数多く存在することが認知された。精神衛生法は、このような状況の推移、社会情勢の著しい変化に対応し得なくなってきたことから、精神障害の発生予防から、治療、社会復帰までの一貫したプロセスを具体的内容とする法の全面改正の準備がなされていた。

同時期、1964(昭和 39)年 3 月に駐日アメリカ大使ライシャワーが精神分裂病の少年に刺されて負傷した、いわゆるライシャワー事件が発生し、日本の精神科医療のあり方が国際的に採り上げられ報道される事態となった。右事件への政府の対応過程で、事件の責任をとった国家公安委員長が辞任したことの影響から、警察庁から厚生省への精神衛生法改正の要望が提出され、これが準備中の法改正にも影響を与えた。精神衛生法の一部改正は最終的に 1965(昭和 40)年 6 月に行われた。その内容は次のようなものであった。

まず、保健所について、これを地域における精神保健行政の第一線機関として位置づけ、精神衛生相談員を配置し、在宅精神障害者の訪問指導、相談事業を強化した。<sup>165</sup> 医療費について、在宅精神障害者の医療へのアクセスを担保するため、通院医療費の 2 分の 2 を公費負担する制度を新設した。

ライシャワー事件の負の効果として、警察官、検察官、保護観察所長及び精神病院の管理者について、精神障害者に関する通報・届出制度を強化した。治安的色彩が同改正で導入されたことは消極的に評価される。つまり一旦、警察法規から脱した精神障害者関連法規に再度、警察が関係するようになった経緯である。

また、これと関連して、措置入院制度の手続きについて、①病院管理者に患者が無断退去した

場合、警察への届出義務を課し、②自傷他害の程度が著しい精神障害者につき、緊急措置入院制度を設けたこと、③入院措置の解除規定、守秘義務規定を設けられた。<sup>166</sup>

この法改正の翌年に「保健所における精神衛生業務運営要領」が示され、1969(昭和44)年の「精神衛生センター運営要領」により、日本においてようやく地域精神保健活動の整備が図られることとなった。ちなみに、精神病院の入院患者数は、病院数、病床数の整備に伴い大幅に増加を続け、1966(昭和41)年の19.7万人から、1975(昭和50)年には28万人、1985(昭和60)年には34万人と増加した。また同様に措置入院者数は、1966(昭和41)年の6.7万人から、1971(昭和46)年に7.6万人のピークにまで増加した後は、医療技術の進歩や措置の抑制的運用により減少に転じ、1975(昭和50)年に6.6万人、1985(昭和60)年には3.1万人に減少している。○措置入院の運用はきわめて政策的である実態がここから看取できよう。

また、通院患者の増加も著しく、単科精神病院において1965(昭和40)年に一日9千人の通院患者であったものが、1975(昭和50)年には2.2万人、1985(昭和60)年には3万人と、20年間で3倍にもなり、通院医療費公費負担承認患者数も、1966(昭和41)年、3.3万件から1985(昭和60)年24.1万件と7倍になっている。通院医療費公費負担承認患者数は、半年更新なので年間承認件数の2分の1であることを考えると、同改正の効果があったというべきであろう。<sup>167</sup>

施設対策以外の面では、1974(昭和49)年に作業療法、デイ・ケアの点数化が実現し、1982(昭和57)年から「通院患者リハビリテーション事業」が職親制度の一形態として実施され、1986(昭和61)年には集団精神療法、ナイト・ケア、訪問看護・指導料等の点数化が実現した。同年、公衆衛生審議会精神衛生部会より「精神障害者の社会復帰に関する意見」が出され、地域精神医療への布石が敷かれた。<sup>168</sup>



#### (4) 1987(昭和 62)年改正精神衛生法と精神保健法

このように 1965(昭和 40)年改正以後における精神保健行政は、日本における高度経済成長に伴う経済的安定を背景とし、精神科治療の進展と精神保健政策の着実な進展によって「施設収容」から「地域精神医療」へという進歩を辿った。このような潮流にあって、精神障害者の医療及び保護の確保を主な目的とする精神衛生法は、その法理念において現実に十分に適応しうるものとはいえなくなってきた。このような事情から、精神障害者の人権擁護と適正な精神科医療の確保・供給という観点からの精神衛生法見直しが行われた。

社会的には、医療従事者が不足する中で、無資格者による医療行為が行われ、看護助手らの暴行により患者が死亡した事件、いわゆる宇都宮病院事件などの精神病院の不祥事件を契機に精神衛生法改正を求める声が国内外から強く示された。これをうけて厚生省は、通信・面会に関するガイドライン等により指導が強化されるとともに、前述のような精神障害者の人権に配慮した適正な医療の提供と精神障害者保護の実現、さらには精神障害者の社会復帰の促進を図る目的から、精神衛生法が改正され、その名称も精神保健法と改められた。

精神保健法は、1987(昭和 62)年 9 月に公布され、翌 1988(昭和 63)年 7 月から施行された。具体的内容は、以下のようなものであった。<sup>169</sup>

まず、国民の精神的健康の保持増進を図る観点から、法律の名称を精神保健法としたこと以外に、特に病院への精神障害者の入院と病院への指導について、第一に精神障害者本人の同意に基づく任意入院制度が設けられ、第二に入院時等における書面による権利等の告知制度が設けられ、第三に入院の必要性や処遇の妥当性を審査する精神医療審査会制度が設けられ、第四に精神科救急に対応するため、応急入院制度が設けられた。また、従来の精神衛生鑑定医制度を精神保健指定医制度に改められたことも重要な改正点である。さらに、精神病院に対する厚生大臣等による報告徴収・改善命令に関する規定が設けられたことによって、病院運営の適正化に国が積極的に関わることとなった。

また、入院治療終了後の精神障害者の社会復帰の促進のために、精神障害者社会復帰施設に関する規定を設けられた。

本改正の効果として統計的にみられる現象として、年々増加を続けてきた入院患者数が、法改正後 1991(平成 3)年の 349,190 人をピークに、減少に転じた。また、入院形態別でも、より任意性の高いものへの切り換えが進み、自傷他害のおそれのある精神障害者として都道府県知事の行政処分により入院措置された患者の数は施行後五年間で半数以下に減少し、同時に、保護義務者の同意で入院した医療保護入院患者の数も約半数に減少した。これに対して、精神障害者本人の同意による入院である任意入院が約倍増しており、通院医療に関しては、施行後 5 年間で約 5 万人増加しているといわれるが<sup>170</sup>、これをすぐさま肯定的に評価することはできない。同意形態の変更を推察しうる数値が、すぐさま精神障害者福祉に基づいた現実を反映しているわけではないことは注意を要する。<sup>171</sup>

#### (5) 1993(平成 5)年改正精神保健法

1987(昭和 62)年における精神衛生法の改正のなかで、改正法の附則に「政府は、この法律の施行後五年を目途として、新法の規定の施行の状況を勘案し、必要があると認めるときは、新法の規定について検討を加え、その結果に基づいて所要の措置を講ずるものとする」との検討規定がおかれた。<sup>172</sup>

さらに、国際連合は、「精神疾患を有する者の保護及びメンタルヘルスケアの改善のための諸原則」(国連原則)が 1991(平成 3)年 12 月に採択され、精神障害者に対し人権に配慮された医療を提供し、その社会参加・社会復帰の促進を図ること等が国際原則として定められた。また、1993(平成 5)年 3 月には、さらなる精神障害者政策について「障害者対策に関する新長期計画」が障害者対策推進本部において決定された。このような諸状況から、精神保健法が、再度見直しが行われることとなった。

精神保健法の改正法案は、1993(平成5)年5月21日に国会に提出され、同6月4日に衆議院において可決、同11日に参議院で可決され、成立した。新精神保健法にかかる改正法は、1993(平成5)年6月18日法律第74号として公布され、1994(平成6)年4月1日から施行されている。その具体的内容は次のようになる。

本改正で「医療施設若しくは社会復帰施設の設置者又は地域生活援助事業を行う者は、その施設を運営し、又は事業を行うに当たっては、精神障害者等の社会復帰の促進を図るため、地域に即した創意と工夫を行い、及び地域住民の理解と協力を得るように努めなければならない」とする新規定が設けられ、地域精神医療の推進が図られた。<sup>173</sup>1996(平成8)年4月1日から、道府県(知事)の事務を政令指定都市(市長)に委譲することとされたことも同じ潮流であった。

上記の規定を具体化する意味で、精神障害者地域生活援助事業(いわゆるグループホーム)が法定化されるとともに、第2種社会福祉事業として位置づけられた。また、都道府県の地方精神保健審議会の委員として、精神障害者の社会復帰の促進を図るための事業に従事する者が追加されたことも、これを実効的にするためであった。<sup>174</sup>

さらに、保護義務者の名称が保護者とされたことは、精神障害者の家族等の負担を軽減する方向に進む潮流を意味している。また、保護者の権利規定として、入院措置が解除された精神障害者を引き取る保護者については、当該精神病院の管理者又は当該精神病院と関連する社会復帰施設の長に対し、当該精神障害者の社会復帰の促進に関し、相談し、援助を求めることができるとのしたことも、旧来から過度に家族に課されていた負担が軽減される政策といえよう。入院措置が解除された精神障害者と同居する保護者等については、その負担の軽減を図る等の観点から、保健所の訪問指導等の対象とされたことも、重要な変化であった。

また精神障害者の人権に配慮した入院の手続化もさらに進められた。仮入院の期間が3週間から1週間に短縮されたことが挙げられよう。

また定義変更について、精神保健法における精神障害者の定義規定が、医学上の用語にあわせて見直され、「精神分裂病、中毒性精神病、精神薄弱、精神病質<sup>175</sup>その他の精神疾患を有する者」とされたことにより、現実の診断との整合性が確保された。<sup>176</sup>

#### (6) 1993(平成 5)年心身障害者対策基本法改正

精神障害者関連法規だけでなく、これまで検討したような障害者の社会復帰については、心身障害者政策にも同様の潮流がみられた。1993(平成 5)年 12 月には、「心身障害者対策基本法の一部を改正する法律」が法律第 94 号として公布され、新たに、障害者基本法が成立することとなった。障害者基本法には、第一に施策の対象となる障害者に精神障害者が明確に位置づけられ、法律の基本理念として、「社会を構成する一員として社会、経済、文化その他あらゆる分野の活動に参加する機会を与えられる」とされたこと、第二に国は、「障害者基本計画」を策定するとともに、都道府県・市町村でも「障害者計画」を策定するよう促進したこと、さらに政府は、毎年、障害者施策に関する報告書を作成し、国会に提出する義務があるとされたことなどが挙げられる。<sup>177</sup>

この障害者基本法では、老人施策領域にはゴールドプラン、児童施策領域にはエンゼルプランという標語的な名称で示される一連の計画があり、施策の総合的かつ計画的な推進が図られていることから、障害者施策についても同様なプランの策定を求める声が強まっていた。このため、1994(平成 6)年 9 月に障害者保健福祉施策推進本部が設置され<sup>178</sup>、1995(平成 7)年 7 月に中間報告を取りまとめたが、1995(平成 7)年春からは国会与党の福祉プロジェクトにおける議論が始まり、その議論を通じて、厚生行政の分野のみならず、政府の障害者対策推進本部を通して関係省庁も含めた検討が進められることとなった。

政府部内における作業の結果、1995(平成 7)年 12 月 18 日は、障害者対策推進本部の決定として「障害者プラン—ノーマライゼーション七か年戦略—」が策定された。

このプランは、この本部で策定された「障害者対策に関する新長期計画」(1993(平成 5)年度から 2002(平成 14)年度までの 10 か年)を具体化する重点施策実施計画として、数値目標を設定するなど具体的な施策目標を明記したもので、新長期計画の最終年次に合わせ、1996(平成 8)年度から 2002(平成 14)年度までの 7 か年計画とされた。<sup>179</sup>

#### (7) 1995(平成 7)年精神保健法改正と精神保健福祉法

上記のような 1993(平成 5)年 12 月に障害者基本法により、精神障害者が基本法の対象として明確に位置づけられたことなどから、福祉施策の充実を図ることが求められることとなった。<sup>180</sup>

一方、1994(平成 6)年には、これまでの保健所法が改正されて「地域保健法」が成立し、地域保健対策推進の枠組みが改正されたが、同法に基づく地域保健の基本方針では、精神障害者についても、社会復帰施策のうち身近で利用頻度の高いサービスについて、市町村が保健所の協力の下に実施することが望ましいとされた。このため、精神保健法についても、地域保健福祉活動についての法律上の規定の充実や、市町村の役割の位置づけの整備が求められることとなった。

1995(平成 7)年法改正の準備は、1994(平成 6)年の 2 月以降、公衆衛生審議会の精神保健部会で、当面の精神保健施策についての検討が開始されたことに始まる。1993(平成 5)年改正の際に国会修正で加えられた改正法附則では、改正法の施行後の五年後に必要な検討を行うとされており<sup>181</sup>、また、1993(平成 5)年の法律改正の施行自体も、1994(平成 6)年 4 月 1 日(大都市特例部分は 1996(平成 8)年 4 月 1 日)で、まだその施行もなされていない段階であったとされる<sup>182</sup>。

1994(平成 6)年 8 月 10 日には、同審議会で「当面の精神保健対策について」の意見書が取りまとめられ、①社会復帰対策の推進、②地域におけるより良い精神医療の確保、③緊急時にも適切な精神医療が受けられる体制の整備、④地域精神保健対策等の推進の 4 項目が提言され、平成 7 年度予算要求には、精神障害者の公費負担医療の保険優先化が盛り込まれる一方で、①社会復帰施設やグループホーム、小規模作業所などの数の充実、②地域精神保健対策促進事業(地方自治体が地域の実情に応じて行う事業に対して補助を行う事業)の創設、③精神科救急医療シ

システム整備事業の創設、④精神障害者の手帳制度の創設、⑤精神障害者社会復帰促進センターの研修保養施設の整備など、意欲的な予算要求が盛り込まれた。

特に、手帳制度については、法案提出直前の1月に至り、精神障害者本人の団体から当事者の意見を聞くべきであるという強い意見が出され、写真添付の問題も反対意見が強く出されたため、当初は写真添付は行わないこととし、見直しを行うとの方針を示したうえで、法案が国会に提出された。「精神保健法の一部を改正する法律」は、1995(平成7)年2月10日に政府から国会に提出され、同年4月26日に衆議院で、5月12日に参議院で可決されて成立し、1995(平成7)年5月19日、法律第94号として公布された。<sup>183</sup>その内容は以下のようになる。

まず第一に精神障害者の社会復帰等のための保健福祉施策の充実のため、法体系全体における福祉施策の位置づけの強化が行われた。これに伴って、法律名が「精神保健法」から「精神保健及び精神障害者福祉に関する法律」と変更された。また同法の目的は、これまでの「医療及び保護」「社会復帰の促進」「国民の精神的健康の保持増進」に加え、「自立と社会参加の促進のための援助」という福祉目的を掲げた。さらに『保健及び福祉』の章を新設したことも、この一環である。

精神保健センター、地方精神保健審議会、精神保健相談員に福祉の業務を加え、名称も変更し、先に激しく議論された、精神障害者保健福祉手帳の制度の創設<sup>184</sup>、および社会復帰施設、事業の充実・社会復帰施設として、生活訓練施設(援護寮)、授産施設、福祉ホーム、福祉工場の四施設類型の規定を法律上明記することで、更なる社会復帰を推進した。また、通院患者リハビリテーション事業の法定化(社会適応訓練事業)や、正しい知識の普及啓発や相談指導等の地域精神保健福祉施策の充実、市町村の役割の明示などもなされた。

第二に「より良い精神医療の確保等」のためには、次のような施策がとられた。精神保健指定医制度の充実・医療保護入院等を行う精神病院では常勤の指定医を置くこととすることを規定し、指定医の五年ごとの研修の受講を促進するための措置を講じた。また医療保護入院の際の患者への告知義務の徹底、さらに人権保護のための入院時の告知義務について、精神障害者の症状に照らして告知を延期できる旨の例外規定に、四週間の期間制限を設けることとした。

また、通院公費負担医療の事務等の合理化・認定の有効期限を6か月から2年に延期し、手帳の交付を受けた者については通院公費の認定を省略することとした。

第三に、公費負担医療の公費優先の見直し(保険優先化)がさらなる特徴である。制度発足当時の精神医療の進歩や、医療保険制度の充実等の諸状況の変化を踏まえて、これまでの公費優先の仕組みを保険優先の仕組みに改めることとした。これによって、精神障害者の治療負担が問題となる。

### ①精神障害者手帳

手帳については、同年5月に、精神障害者保健福祉手帳障害等級判定基準等検討会が精神障害者社会復帰促進センターに設けられ、手帳の障害等級や判定基準、様式申請手続等について、学会関係者、病院関係者、地方行政関係者、精神障害者家族会や、精神障害者本人の参加を得た研究の場が設けられ、慎重にその制度化が進められた。<sup>185</sup>

### ②精神保健センター

さらに、1969(昭和44)年通知の精神保健センター運営要領の全面改正が行われ、「精神保健福祉センター運営要領」として、地域精神保健福祉施策の推進や、社会復帰施設・事業の計画的整備の推進のための企画調整や技術的援助、関係方面の理解の促進等の業務を明確に位置づけ、技術指導や職員研修の対象に市町村を加えることとした。

### ③保健所

また、1966(昭和41)年通知の保健所における精神保健業務運営要領も全面的に改定され、「保

健所及び市町村における精神保健福祉業務運営要領」として、近年の業務の広がりに対応し、社会復帰や地域における自立と社会参加のための相談援助、正しい知識の普及啓発、保健所デイ・ケアその他の指導訓練の実施、社会復帰施設等の利用の調整、社会復帰施設など各種社会資源の整備の促進支援、精神障害者保健福祉手帳制度の普及、市町村との連携や地域における企画、連絡調整などが明確に位置づけられ、また、市町村の役割についても記述された。

#### (8) 1999(平成 11)年精神保健福祉法改正

1993(平成 5)年の「精神保健法等の一部を改正する法律」の附則第 2 条には、改正法の施行後 5 年を目標として、改正後の精神保健法の規定の施行の状況および精神保健を取りまく状況を勘案して見直しを行うこととした。

1993(平成 5)年法改正後、1999(平成 11)年の法改正に際して、次に掲げる四つの事項について問題が指摘された。

第一に 1987(昭和 62)年改正において、精神病院に対する指導監督の創設、精神医療審査会の設置、精神保健指定医制度の創設等の措置が講じられたが、多くの精神病院での人権侵害事案が表面化し<sup>186</sup>、現行の精神保健福祉法における指導監督制度は、現実の精神病院の改革に実効性を持たないことが疑われ、制度面での対応の必要性が指摘されていたこと。第二に 1996(平成 8)年患者調査によれば、精神病院等に入院・通院する精神障害者が 207 万人(推計)で、1993(平成 5)年の同調査による推計値 157 万人と比べ急激に増加していること、また、病院報告による新規の入院患者についても 1993(平成 5)年の約 26.7 万人に対して、1996(平成 8)年には約 28.1 万人と増加傾向にあったことが問題とされた。また入院患者数については、1996(平成 8)年患者調査によれば 32.2 万人と 1993(平成 5)年の同調査の結果(32 万人)と比較してほぼ横這いであった。また、1996(平成 8)年患者調査によれば 5 年以上の入院患者が約 46.5%(1993(平成 5)年同調査では 45.7%)を占めており、入院の長期化の傾向に変化はなかったことも問題として挙



げられた。第四に、在宅精神障害者に対する生活支援は実質上家族に依存しており、これは家族の在り方の変化、家族の高齢化、単身で生活する精神障害者の増加等により、精神障害者に対する生活支援を家族に依存することが難しくなってきた問題状況である。

これらの議論を踏まえて、1999(平成11)年改正の概要は以下の五点に集約される<sup>187</sup>。

第一の改正点は、精神障害者の人権に配慮した医療の確保に関する事項として、まず精神医療審査会の機能強化が挙げられ、精神病院の入院患者の人権に配慮した処遇の確保を図るため、都道府県に設置されている審査機関・精神医療審査会の委員数の制限(5名から15名)を廃止した。また、精神医療審査会の調査権限として、従来の関係者からの意見聴取に加え、帳簿書類の提出命令等を追加した。次いで、精神保健指定医の役割等を強化するものとして、厚生大臣が指定する精神保健指定医を置き、強制入院の可否や隔離などの行動制限の可否を判定させることとした。さらに精神保健指定医の診療録記載義務に、医療保護入院を必要とするかどうかの判定を行った場合等の記録義務を追加した。さらに、不当処遇に関する精神病院管理者への報告など、処遇の改善に向けた努力義務を明記したことが挙げられる。

第二に医療保護入院の要件の明確化も重要な改正点である。まず、これについては、指定医の判定(医療の必要性)と保護者の同意を要件とし、本人の同意を必要としない入院・医療保護入院の対象者が、精神障害によりその同意に基づいた入院を行う状態にないものと判定された者であることを法文に明記し、違法な医療保護入院について制限をおいた。また国の精神病院に対する指導監督の強化・現行の改善命令等に加え、入院医療の制限等の処分を追加している。

第三の改正点として、緊急に入院が必要となる精神障害者の移送に関して、緊急に入院を必要とするにもかかわらず、精神障害のため同意に基づいた入院を行う状態にないと判定された精神障害者を、都道府県知事の責任により適切な病院に移送する制度を創設した。

第四に保護者に関する施策として、精神障害者の医療及び保護を確保するため、家族等を保護者として、本人に治療を受けさせる等の義務を規定し、保護者に過重な負担を課すこととなっている自傷他害防止監督義務規定を削除した。後者に関しては家族の心理的負担を軽減するもの

として評価できよう。また、自らの意思で医療を受けている精神障害者の保護者については、治療を受けさせる義務等を免除した。

第五の改正点は、精神障害者の保健福祉の充実を図るものとして、精神保健福祉センターの機能を拡充した。また、同センターに通院医療公費負担や精神保健福祉手帳の審査や審査会事務局の業務を追加したことも大きな変化であった。

さらに、在宅福祉事業に、精神障害者地域生活援助事業(グループホーム)に加え、居宅介護等事業(ホームヘルプサービス)、短期入所事業(ショートステイ)を追加した。これは地域精神医療、高齢者医療および社会復帰に関する努力として評価されよう。

以上、精神衛生法以降の精神障害者関連法規の改廃を検討したが、ここから、日本における精神障害者政策のあゆみとして、精神衛生行政から精神保健福祉行政への進歩、また施設収容から、地域精神医療への流れの中に、障害者のノーマライゼーションという重要な目標が掲げられていることが重要である。

このように法規の進展は肯定的に評価できるものといえよう。精神科治療の保険点数制度と精神障害者通院公費負担制度により、経済的負担は減少した。

しかしながら、依然として供給過剰の私立病院の病床数や、頻発する患者の人権侵害事件など、真の精神科医療の問題点は別に存在する。さらに付言すれば、法令により制度がいかに進歩しようとも、精神病院内の劣悪な環境は、こうした法規とは切り離して改善の方途を検討すべきである。精神障害者収容施設の人権侵害を生み出す環境に対するアプローチの一例としてヨーロッパ拷問禁止条約等の国際準則が挙げられるが、こうした国際準則の国内実施も極めて重要な課題となろう。

## 第5節 「刑事精神鑑定」の生成

手続法領域における刑事精神鑑定は、律を採用した明治初期と近代法が移植された明治中期

以降で、大きくその性質を異にしていたことはいうまでもない。この差異は、これら二期における刑事裁判それ自体の性質とそこでの「証拠」の位置付けの相違だけでなく、両時期に存在する触法精神障害者に関する「特例」についての意義の相違にも関わる。

明治維新後、仮刑律から新律綱領および改定律例といった律が施行されていた 1868(明治元)年から 1882(明治 15)年までと、その後の治罪法から旧々刑事訴訟法(明治刑事訴訟法:)、旧刑事訴訟法(大正刑事訴訟法)までの時期、つまり 1882(明治 15)年から 1948(昭和 3)年までの二期にわたって、刑事精神鑑定にかかる法令がどのようなものであったかを概観した上で、同時期の精神鑑定がどのように運用されていたかを検討する。その中から、刑事精神鑑定の形式と内容について考察したい。

#### 第 1 項 明治期における専門家の診断

日本における裁判手続について概観すると、明治維新直後の混乱期には、江戸時代の吟味筋の方法によって刑事裁判が行われていたが、明文としては明治初年の刑法典である『仮刑律』の「断獄」律のうちに被疑者・被告人・受刑者の取扱いにかかる官吏の職務と罰則が置かれたのみであった。その後、1870(明治 3)年 5 月 25 日に至って明治政府によってわずか 13 条ではあるが『獄庭規則』が定められたが、内容的にも江戸時代の方法と大差のないものであった。その後 1872 年 8 月 3 日の『断獄順序』によって裁判の進行方法が定められ、同年 11 月には『罪案書式』によって、各裁判所が司法省に差し出す罪案の書式が規定された。さらに 1873(明治 6)年 2 月 24 日に司法省から 26 箇条からなる『断獄則例』が制定された<sup>188</sup>。この『断獄順序』および『罪案書式』は、1882(明治 15)年の治罪法施行まで、当時の刑法典でもあった『仮刑律』とその後の『新律綱領』『改定律例』と並行して、刑事手続法としての効力を有していた。<sup>189</sup>

このような前近代的訴訟手続のもとで、被疑者・被告人の精神状態を識ることが如何なる意味をもっていたかを検討する。

## 1 明治初期の刑事手続と精神障害者

既に述べた訴訟手続準則のなかに、被疑者・被告人の精神状態を「識ること」についての特段の定めはなかった。既に述べたように明治初期には犯罪者が精神障害を有すること、つまり触法精神障害者であることは一種の「身分」として扱われており、その精神状態が犯行時から継続しているものかどうかといった区分はなされていなかった。

まず精神障害者自体の訴訟上の扱いは如何なるものであったかを概観する。

精神障害者を含む障害者全般および年少者と老人については次のような規定が置かれていた。まず、『断獄則例』と並行して施行されていた『新律綱領』の「断獄律」において、「七〇歳以上一五歳以下」もしくは「廢失者」に対する「拷訊」が禁止されていた。また「八〇歳以上一〇歳以下」および「篤失者」は証人としてはならず、これに違反した場合の裁判官に対する罰則も置かれていた。ここで「廢疾」および「篤疾」とは、古来から律に定められた疾病の分類で、重篤なものから「篤疾」「廢疾」そして「残疾」の3段階に分けられていた。『仮刑律』の「名例律」に定められた「老少廢疾犯罪」に、「廢失」とは「一手一足及腰脊を折、且侏儒・聾啞等之類、其余疾病有て鞭責に堪えざるもの、此部に入る」ものであり、「篤疾」とは「両目を瞎し、両肢を折り、顛狂・癰癩等の類」と定義されており<sup>190</sup>、精神障害者は拷問が禁止され<sup>191</sup>証人としてはならない存在であった。

また『仮刑律』の「老少廢疾犯罪」には、篤疾が人を殺した場合には「議擬奏聞、上裁を仰」として、篤疾の殺人についての刑の減免は上級官僚の決定事項とされていた。

法令上、触法精神障害者は右のような取扱いを受けていたが、実際の運用に際しては、地方から中央に宛てた、伺・指令の中で複雑な手続が採られていた。

まず、裁判の過程で精神障害者となった者の裁判については、これを中止し、父母親戚等に「保管、鎖錮」させた上で、その疾病が寛解してから判決を下すこととしている(明治7年5月31日の

山口県伺に対する明治7年11月13日の指令および明治10年1月12日の東京上等裁判所伺に対する明治10年2月2日の指令)<sup>192</sup>。また刑の執行の停止については、明治9年10月31日の京都裁判所伺に対する明治9年11月16日の指令により、判決言渡後服役中に被告人が精神障害を発した場合、裁判の停止の手続とは異なり、「廃篤」の場合に準じて残された刑期を収贖金に換算して収めた<sup>193</sup>。さらに、精神障害者が傷害事件を起こした場合は過失殺傷収贖例に基づき収贖金が支払われるが、被害者が家族の構成員である場合は収贖せず鎖錮するのみであった<sup>194</sup>。複数人を殺害した場合は改定律例第193条の規定により終身鎖錮だが、192条にもかかるため、複数人の殺傷の場合は死者には埋葬金を支払い負傷者には過失殺傷収贖金を支払うという実務がとられていたが、触法精神障害者が貧困の場合には限られた資財からいかに収贖金を分配するかという方法が議論されている<sup>195</sup>。このような複数人殺傷の事例から、財産の乏しい精神障害者が過失殺傷収贖金を支払う場合の新しい計算方法が発達して行くこととなった<sup>196</sup>。

このように触法精神障害者は刑事手続上も特別な扱いを受けていた。他方で、触法精神障害者の精神状態が証拠として取り扱われ、専門家がその精神状態の「鑑別」を担うという実務は、いくつかの段階を経なければならなかった。

## 2 明治初期の「精神鑑定」

刑事訴訟において特別な扱いを受ける精神障害者の「精神状態」の証左が手続上求められるようになったのは、次に挙げる司法省布達第55号によってであった。

一八七三(明治六)年四月十五日司法省布達第五五号

瘋癲人犯罪に付き伺書差出候節は瘋癲の模様取調並医師の容体書相添可伺出候条此段相達候事

ここでは犯行時の精神状態に限定しているわけではなかった。つまり、既に述べたように精神障

害者であることが、「常人」つまりいかなる障害も持たない健常者と対置された「身分」として把握されていたと考えられる。『新律綱領』に定められた「瘋癲殺人」にかかる事件の裁判に関する各県および裁判所から司法省への伺に、①精神障害の様子、および②医師の容体書の添付を実務上規定したものである。これを以って日本における明治初期の精神鑑定にかかる規定とすることには、本布達があくまでも司法省内部の規則であり、刑事手続上の「証拠」として求められたものではなく、あくまでも行政手続としてのそれであることに注意しなければならない。つまり、近代的な意味での「精神鑑定」が出現するには証拠法の発展が必要であった。つまり法定証拠主義から自由心証主義への移行期の刑事手続において、医師と証拠が密接な関連を持つようになる。

一般の人々では判断できない精神についての査定を専門家に委ねるという、近代的精神鑑定の機能面での進化に関しては、明治初期にもその萌芽がみられるのである。例えば明治9年1月27日の東京上等裁判所の伺は、放火事件の被告人が「痴呆」つまり知的障害者の場合に精神障害者の場合と同様に扱うことの可否が問題とされているなかで、「警察医」の「診断法書」が添えられていた。

#### 明治九年一月二十七日 東京上等裁判所伺

痴呆処分

改定律例第百九十二条瘋癲殺人条例之アリ候所今茲ニ痴呆ニシテ放火セシ者ナランニ之ヲ処スル成律無シ、抑痴呆ナル者ハ靈腦ノ疾患ニ出デ思慮欠亡是非昏迷固ヨリ常人ヲ以テ待チ難ク実ニ瘋癲ト異ナルナシ、從ッテ法律上之ヲ処スルモ亦常人ト同視スルハ尤モ法理ニ悖レリ、然則之ヲ処スルノ法全ク如此者ニ限り瘋癲殺人条ニ比擬シ終身鎖錮ニ処セルハ其当ヲ得ベキ者ト相見込候、殊ニ曩日新律綱領御頒布後但州塩山村イワ年十五ニシテ放火六次ニ及ベリ、然ルニ性愚冥ニシテ黒白ヲ弁セズ殆ンド狂人ニ類ス、因テ瘋癲殺人律ニ比照シ終身鎖錮ニ処セラレ候類例モ有之哉ニ付旁以前件ノ通及処断可然ヤト奉存候尚警察医官へ問合候別紙之通診断法書取りテ以テ回答有之是亦同義ニ帰シ候間御参酌ノ為メ寫相添(之略)此断相伺候、至急御指令有之候也

指令 明治九年十二月八日

痴呆ハ廢疾ヲ以テ論ス、但犯時情狀ニ依リ酌量輕減シ又ハ知覺精神ヲ全ク喪失スルニ関ワレハ瘋癲人ヲ以テ論スルモ裁判官ノ見込ニ任ス

この伺の中で、それ以前にも知的障害者の連続放火事件で被疑者・被告人とされた女性を新律綱領の「瘋癲殺人律」に「比照」し終身鎖錮とした事例が引用されているが、こうした「痴呆」を「靈腦ノ疾患ニ出デ思慮欠乏是非混迷」であるため、「瘋癲人」と同様の扱いをするという処遇はそれ以前から存在していた。非医学的経験から出発し、医学的証左を必要とするようになった過程には、「証拠」と「科学」の関連性に対する意識の進展を看取できるといえる。つまり、ここで提出された「診断法書」は司法省布達 55 条で規定された「医師の容体書」よりも、精神状態の鑑別・査定に関して積極的な意味を持つものであるといえる。

しかしながら、現実の裁判手続の中で、自明の「狂気」を認定する役割までも医師の手に委ねたわけではなかった。1875(明治 8)年 10 月 2 日の滋賀県伺に対する同年同月 27 日の指令では、精神障害者の犯罪を含む「法ニ因リテ無罪明瞭ノ見込ミアル者」については検事の権限で不起訴としてもよいという判断が示されており、さらに精神障害者を「見据ル」という精神状態の判断を検事の権限としている<sup>197</sup>。この指令に関しては、翌年 4 月 5 日の山梨県伺に対する同月 26 日の指令により、こうした権限を「警察官吏」にまで拡大しているのである<sup>198</sup>。

### 3 刑事手続における専門家と「証拠」

前述の明治 6 年 6 月 13 日の『改定律例』では、「断罪不当条例」第 38 条で「凡罪ヲ断ズルハ、口供結案ニ依ル」と、裁判は「罪人」の自白の供述書によるとしていたが、明治 9 年 6 月 10 日司法省布告第 86 号により「凡罪ヲ断ズルハ、証ニ依ル」と改正された。日本における証拠裁判主義はここから始まり、法定証拠主義から自由心証主義へ、少なくとも形式的変革が試みられた。

捜査にかかる規定としては、上記司法省布告第 86 号よりも早い段階から「証拠」を記録する試みは行われていた。「現行犯」にかかる当時の検事職制章程には以下のように定められていた。

明治七年一月二八日検事職制章程司法警察規則

### 第三章「司法警察ノ事」第一六条

現行犯罪ノ報告ヲ得死傷ノ者アル場合ニ於テハ直チニ犯人ノ場所ニ赴キ医師及ビ犯罪ヲ証スルノ助ナ  
ル可キ者ヲ立会ハシメ其原因ト景状トヲ調書ニ詳記シ其立会人ヲシテ之ニ署名押印セシム又時宜ニヨリテハ  
其家屋ヲ閉シ他人ノ出入リヲ禁スルコトヲ得ヘシ但シ医師ヲ立会ハシメタル時ハ其医師ヲシテ其死傷ノ原因ト  
景状トノ書案ヲ記サシムヘシ

明治九年第四十七号達書 司法警察仮規則<sup>199</sup>

### 第四章 司法警察官現行犯処分

第二十条 司法警察官ハ技術ノ人(医師分析師建築工彫刻工ノ類)ヲシテ司法検察官の面前ニ於  
テ驗察セシメ証書ヲ作り花押若クハ実印セシムルコトヲ得二人以上俱ニ驗察シタルトキハ  
隔別ニ証書ヲ作ルヘシ

明治 7 年 1 月 28 日検事職制章程司法警察規則では、必要的ではないものの、犯行現場の検  
証時の医師の立会いについて定めており、医師が死傷の原因と「景状」についての「書案」を作成  
させることが規定されていた。他方で明治 9 年第 47 号達書司法警察仮規則においては、「技術の  
人」として医師を含む専門家が総称され、そうした専門家を「驗察セシメ」る実務上の制度だけでな  
く、その書類が「証書」として取り扱われることが明記されている。

## 4 ボワソナードと明治 9 年 8 月 28 日司法省通達



「証拠」についてのその時代の理解は、当時、1873(明治6)年に司法省雇いとして来日したボワソナード Boissonade の法学者教育と政治的配慮により浸透していった。しかしながら、「証拠」を「拷問」に換える政治的利益と並行して、「証拠」それ自体がいかなるものであり、それが近代法の中でどのように機能しうるものかを理解させる努力は、日本政府によって様々な形で徐々に受容されていった。

「証拠」の導入について、『ボワソナード答問録』中に散見される。1875(明治8)年7月14日付文書は刑事法における証拠について、以下のように述べている。

現在日本において拷問を廃止する可能性について検討している高官たちは、おそらく、この国の裁判におけるこの証拠手段を、これに代わるべきよりすぐれた手段を発見する以前に放棄することにためらいを感じていることであろう。<sup>200</sup>

ボワソナードはここで「拷問」が認容され難い理由として、①有罪とされていない人々に対して致命的な苦痛を与え、②被告人の防御権と相容れないために絶対的正義に反し、③自白から自由意志を奪うため理性に反することを挙げ、最後の理由として、次のように述べている。

日本が外国人に対する裁判権を獲得するうえでの抜き難い障害となるがゆえに、日本の尊厳と利益に反する(以下略)

国の裁判は、武器が弱いことによってよりはむしろ、邪悪な過酷さをもった武器を帯びていることによって、その信用を失墜するのである。<sup>201</sup>

不平等条約改正という政治的目的と合致させながら、ボワソナードは、欧州の法典を取り入れるだけでなく、刑事手続きにおける拷問の廃止と「証拠」の重要性を力説した。

ここで彼は刑事手続における証拠について、①証言、②状況を確認する調書、③鑑定、④証拠物、そして⑤被告人またはその共犯者の発した書状、書類、その他の文書、について説明したうえで、被告人が心神喪失の状態にあり不可罰の場合にも「つねに同一の方法(証言、調書等…)をもって」立証されなければならないことに触れている<sup>202</sup>。

ボワソナードが強く説くところの「証拠」が当時の法曹領域にあっても容易に理解しうるものではなかったことは以下の通達から伺うことができる。1876(明治9)年8月28日司法省通達では、「証拠」を以下のように分類することによって、担当官吏にとって理解し易いものとする努力を行っていた。しかしながら、「自白」が依然として第一に置かれ、さらには類型化の過程で刑事手続と民事手続の混同がみられる。内容は以下のようなものであった。

明治九年八月二十八日司法省通達

断罪証拠

- 一、被告人真実ノ白状
- 二、被告人又ハソノ他ノ交通及手筆ノ文書
- 三、相当官吏の検視証明書
- 四、証左及参考ノ陳述
- 五、裁判所ヨリ任シタル鑑定人ノ報告
- 六、証拠物品
- 七、微驗、事実ノ推測、顯迹
- 八、法の推測

この司法省通達で注目すべき点は、上記の証拠によって罪を断じるのは「専ラ裁判官ノ信認スル所ニアリ」として、はじめて自由心証主義の採用が示されたことである。さらに、「五、裁判所ヨリ任シタル鑑定人ノ報告」として、はじめて「鑑定」という言葉がみられる。

しかしながら、「自白」が上記証拠細目の第一番目に挙げられている点、また「微驗、事実ノ推測、顯迹」および「法の推測」が刑事手続上の証拠として挙げられている点がボワソナードの解釈と異なった点である。これらが具体的にはいかに定義されるものであるかは、右通達の中では明らかにされていないが、その手掛かりはボワソナードが来日した翌年(1874 年)から司法省明法寮で行った「性法 *droit naturel*」つまり自然法の講義にある。「性法講義」<sup>203</sup>では、「証拠」に関する説明の後、「豫定(ふれぞんぷしをん)」として独立の項目が設けられているが、この「豫定」について、さらに「法上ノ豫定」および「事柄ノ豫定」等が説明されており、この既述が通達に反映されたものと考えられる。

## 5 小括

これまで検討したように、証拠主義の萌芽と、捜査段階での医師の登場という2つの現象が被告人の犯行時の精神状態を問われる事件で融合することは未だなかった。とはいえ、前述の伺・指令にみられる「痴呆処分」の例など、法の適用に争いのあるものに関しては、司法省への報告のために医師の診断書が利用された事例のように、自生的な「鑑定」の萌芽もみられた。

## 第2項 西洋法の移植以後:「鑑定」制度の移植

### 1 刑事手続法上の「鑑定」規定

司法省は明治8年から刑法および刑事訴訟に関する草案の作成をはじめ、明治13年太政官布告第37号として『治罪法』が公布され明治15年1月1日より施行された。これはフランスの1808年治罪法 *Code d'instruction criminelle* の影響を強く受けているとされる。

ここにおいて明治初期から始まった律への回帰の終焉を迎えたのである。新しい手続の内容は国家訴追主義や検察官の起訴独占主義が宣明されたが、フランスの予審制が採用され予審判事

が直接証拠収集に当たるというものだった。関連条文は以下のようになる。

## 治刑法

### 第七節 鑑定

第百九十一条 予審判事ハ犯罪ノ性質方法及ヒ結果ヲ分明ナラシムル為メ鑑定入ヲ必要ナリトスル時ハ學術職業ニ因リ鑑定スルコトヲ得可キ者一名又ハ数名ヲシテ鑑定ヲ為サシム可シ

第百九十二条 鑑定人ハ書記局ヨリ呼出状ヲ以テ之ヲ呼出ス可シ其呼出状ニハ犯罪事件ニ付キ鑑定ヲ命スルコト及ヒ呼出ニ応セサル時ハ罰金ヲ言渡ス可キコトヲ記載ス可シ

鑑定人呼出ニ応セサル時ハ第百七十六条ノ規則ニ從ヒ処分ス可シ但勾引状ヲ発スルコトヲ得ス

第百七十七条ノ規則ハ本条ニモ亦之ヲ適用ス第百九十三条鑑定人ハ正実ニ鑑定ス可キノ宣誓ヲ為ス可シ其宣誓ハ第百八十条ノ式ニ從フ

書記ハ鑑定人ノ宣誓シクルコトヲ鑑定命令書ノ紙尾ニ記載シ之ニ宣誓書ヲ添置ク可シ

第百九十四条 鑑定人宣誓ヲ肯セス又ハ宣誓シテ鑑定ヲ肯セサル時ハ予審判裏検事ノ意見ヲ聴キ刑法第百七十九条ニ從ヒ罰金ヲ言渡ス可シ但其言渡ニ對シテハ故障及ヒ控訴ヲ許サス

百九十五条 第百八十一条第百八十二条ニ記載シタル者ニハ鑑定ヲ命スルコトヲ得ス但急遽ノ際正當ノ鑑定人ト為ル可キ者ナキ時ハ事實参考ノ為メ鑑定ヲ命スルコトヲ得

第百九十六条 予審判事ハ成ル可ク鑑定ニ立会フ可シ

第百九十七条 予審判事ハ鑑定人ノ請求ニ因リ又ハ職權ヲ以テ鑑定人ヲ増加シ又ハ別人ヲシテ鑑定セシムルコトヲ得

第百九十八条 鑑定人ハ鑑定書ヲ作り其手續結果及ヒ鑑定ヲ為シクル時間ヲ詳記ス可シ

若シ結果ヲ得サル時ハ其推測スル所ヲ記載ス可シ

鑑定人意見ヲ異ニスル時ハ各自鑑定書ヲ作り又ハ各自ノ意見ヲ一箇ノ鑑定書ニ記載ス可シ

第百九十九条 鑑定人ハ鑑定書ニ年月日ヲ記載シ署名捺印及ヒ契印ス可シ

又鑑定書ニハ予審判事之ヲ受取りタル年月日ヲ記載シ書記ト共ニ検印ス可シ

鑑定書ハ鑑定命令書ニ添置ク可シ

外国人鑑定ヲ為シタル時ハ其鑑定書ニ裁判所ヨリ命シタル通事ノ作リタル訳本ヲ添置ク可シ

第二百条 鑑定人及ヒ通事ニハ旅費給料其他相当ノ費用ヲ給与ス可シ、

治刑法において、「鑑定」は予審判事の命じるところであり(第 191 条)、鑑定人に対する「呼出状」によりその手続が開始された。この呼出状に応じない場合は罰金の対象となった(第 192 条)。さらに鑑定人は「勾引」されないことが明示されていた(第 192 条 2 項)。宣誓に関しては必要的であり(法 192 条 4 項)、鑑定人が宣誓を行わない場合、もしくは宣誓なくして鑑定を行った場合は、

罰金刑を科された(第 194 条)。鑑定人適格について、鑑定人たりえない者について第 181、182 条にある者は排除されたが、他に鑑定人がいない場合には、職権でこれを命じることができるとした(第 195 条)。予審判事は鑑定に可能な限り立ち会うことを原則(第 196 条)としたが、あくまでも原則であり、立会いについても裁量が大きく認められていた。また、鑑定人の増員もしくは再鑑定の命令は予審判事の職権もしくは、鑑定人からの申請にのみかかった(第 197 条)。また、鑑定書記載内容、複数鑑定人の別意見について同一鑑定書に記載する旨が規定されている(第 198 条)。最後に鑑定人の報酬については「旅費給料其他相当ノ費用ヲ給与ス可シ」とのみ規定されている(第 199 条)。

以上が、近代法移植後初めての「鑑定」に関する規定であるが、これは以下のように修正された。

1890(明治 23)年公布、同年施行「刑事訴訟法(法律 96 号)」(旧々刑事訴訟法、明治刑事訴訟法)は、同年の「裁判所構成法」公布に伴い、治罪法を改正する必要性が生じたことにより編纂されたものである。実質的な内容は治罪法のものを継承しているとされ、治罪法と同様フランス法系のものとされている。

## 明治刑事訴訟法

### 第七節 鑑定

第三百三十五条 予審判事ハ犯罪ノ性質、方法及ヒ結果ヲ分明ナラシムル為メ鑑定ヲ必要ナリトスルトキハ學術、職業ニ因リ鑑定スルコトヲ得ヘキ者一名又ハ数名ヲシテ鑑定ヲ為サシム可シ

②鑑定ノ為メ必要ナリトスルトキハ死体ノ解剖ヲ命又既ニ埋葬シタル死体ヲ解剖シ若クハ検視スル為メ墳墓ノ発掘ヲ命スルコトヲ得

第三百三十六条 鑑定ニ付テハ第百十五条第百十八条乃至第二百一条第百二十三条乃至第百二十五条第百二十八条及ヒ第百三十二条ノ規定ヲ準用ス但鑑定人ニ対シテハ勾引状ヲ発スルコトヲ得ス

②第百条第百一条ノ規定ハ鑑定人ニ付テモ亦之ヲ適用ス(明三二法七三・明四五法一九・一部改正)

第三百三十七条 鑑定人ハ公平且誠実ニ鑑定ス可キ宣誓ヲ為ス可シ其宣誓ハ第二百二十二条ノ式ニ従フ

第三百三十八条 鑑定人宣誓ヲ肯セス又ハ宣誓シテ鑑定ヲ肯セサルトキハ予審判事検事ノ意見ヲ聴キ四十円以下ノ罰金又ハ科料ヲ言渡ス可シ但其決定ニ対シテハ抗告ヲ為スコトヲ得此抗告ハ執行ヲ停止スル効力ヲ有ス

(明四一法二九・一部改正)

第三百三十九条 予審判事ハ鑑定人ノ請求ニ因リ又ハ職權ヲ以テ鑑定人ヲ増加シ又ハ別人ヲシテ鑑定セシムルコトヲ得

第四百十条 鑑定人ハ鑑定書ヲ作り其手続、結果及ヒ鑑定ヲ為シクル時間ヲ詳記ス可シ

②若シ結果ヲ得サルトキハ其推測スル所ヲ記載ス可シ

③鑑定人意見ヲ異ニスルトキハ各自鑑定書ヲ作り又ハ各自ノ意見ヲ一箇ノ鑑定書ニ記載ス可シ

第四百十一条 鑑定人ハ旅費、日当及ヒ立替金ノ弁済ヲ要ムルコトヲ得

明治刑事訴訟法において、若干の変更をみているが、最大の変更点は、宣誓を行わなかった場合の罰金に対して「抗告」が許されたことである(第 138 条)。さらに、「鑑定」についての規定に、死体の解剖および墳墓の発掘についての規定がおかれるようになったことも追加点である(第 135 条)。さらに、鑑定人について証人についての規定に準じる(勾引状はなおも発せられないが)旨明示された(第 136 条)。しかしながら、再鑑定、鑑定人の増員等については、治罪法と同様であった。なお、報酬については「旅費、日当及ヒ立替金ノ弁済ヲ要ムルコトヲ得」と若干の語句の変更があるのみであった(第 141 条)。

さらに、1922(大正 11)年公布「刑事訴訟法(法律 75 号)」(旧刑事訴訟法、大正刑事訴訟法)が 1924(大正 13)年に施行される。本法は、旧々刑事訴訟法までとは異なり、1877 年ドイツ帝国刑事訴訟法の影響を受けて制定されたものであり職権主義的色彩の強いものであった。。

鑑定に関する規定は、各訴訟法において大きな差はなく、実際の運用は判例によった。しかし、鑑定に関する大正後期以降判例は鑑定実務の輪郭を明確にするものであった。具体的内容は以下になる。

## 大正刑事訴訟法

### 第十四章 鑑定

第二百十九条 裁判所ハ学識経験アル者ニ鑑定ヲ命スルコトヲ得

第二百二十条 鑑定人ニハ鑑定ヲ為ス前宣誓ヲ為サシムヘシ

②宣誓ハ宣誓書ニ依リ之ヲ為スヘシ

③宣誓書ニハ良心ニ従ヒ誠実ニ鑑定ヲ為スヘキコトヲ誓フ旨ヲ記載スヘシ

第二百二十一条 鑑定ノ経過及結果ハ鑑定人ヲシテ鑑定書ニ依リ又ハ口頭ヲ以テ之ヲ報告セシムヘシ

②鑑定人数人アルトキハ共同シテ報告ヲ為サシムルコトヲ得

③鑑定書ヲ差出シクル場合ニ於テ必要アルトキハ口頭ヲ以テ其ノ説明ヲ為サシムルコトヲ得

第二百二十二条 裁判所ハ必要アル場合ニ於テハ鑑定人ヲシテ裁判所外ニ於テ鑑定ヲ為サシムルコトヲ得

②前項ノ場合ニ於テハ鑑定ニ関スル物ヲ鑑定人ニ交付スルコトヲ得

③被告人ノ心神又ハ身体ニ関スル鑑定ヲ為サシムルニ付必要アルトキハ裁判所ハ期間ヲ定メ病院其ノ他ノ相当ノ場所ニ被告人ヲ留置スルコトヲ得

第二百二十三条 鑑定人ハ鑑定ニ付必要アル場合ニ於テハ裁判所ノ許可ヲ受ケ身体ヲ検査シ、死体ヲ解剖シ又ハ物ヲ毀壞スルコトヲ得

②第百七十六条第二項乃至第四項ノ規定ハ前項ノ場合ニ之ヲ準用ス

第二百二十四条 鑑定人ハ鑑定ニ付必要アル場合ニ於テハ裁判長ノ許可ヲ受ケ書類及証拠物ヲ閲覧シ若ハ謄写シ又ハ被告人若ハ証人ノ訊問ニ立会フコトヲ得

②鑑定人ハ被告人若ハ証人ノ訊問ヲ求メ又ハ裁判長ノ許可ヲ受ケ此等ノ者ニ対シ直接ニ問ヲ発スルコトヲ得

第二百二十五条 裁判所ハ部員ヲシテ鑑定ニ付必要ナル処分ヲ為サシムルトヲ得但シ第二百二十二条第三項ニ規定スル処分ハ此ノ限昌在ラス

第二百二十六条 裁判所ハ鑑定ヲ十分ナラストキハ鑑定人ヲ増加シ又ハ他ノ鑑定人ニ命ジテ鑑定ヲ為サシムルコトヲ得

第二百二十七条 検察官及弁護人ハ鑑定ニ立会フコトヲ得

②第百五十九条ノ規定ハ前項ノ場合ニ之ヲ準用ス

.(昭二二法六一・一部改正)

第二百二十八条 第十三章ノ規定ハ勾引ニ関スル規定ヲ除ク外鑑定ニ付之ヲ準用ス但シ検察官及司法警察官ハ第二百二十二条第三項ニ規定スル処分ヲ為スコトヲ得ス

(昭二二法六一・一部改正)

第二百二十九条 鑑定人ハ旅費、日当及止宿料ノ外鑑定料及立替金ノ弁償ヲ請求スルコトヲ得

第二百三十条 裁判所ハ官署又ハ公署ニ鑑定ヲ囑託スルコトヲ得

②第二百二十一条乃至第二百二十三条及第二百二十八条ノ規定ハ前項ノ場合ニ之ヲ準用ス但シ第二百二十一条第三項ノ規定ニ依ル鑑定書ノ説明ハ官署又ハ公署ノ指定シクル者ヲシテ之ヲ為サシムヘシ

第二百三十一条 特別ノ智識ニ因リ知得クル過去ノ事実ニ付其ノ事実ヲ知リクル者ヲ訊問スル場合ニハ本章ノ規定ニ依ラス第十三章ノ規定ヲ適用ス

ここにおいて、現在の「鑑定」に近い制度がおかれているが、これは後に触れるように公的機関への鑑定囑託を明文化しているなど、現在以上にドイツ法的な内容を持つものであった。まず明治刑事訴訟法と比較すると、最大の変化は、裁判制度の大幅な変革により、「鑑定」命令主体が旧来の

「予審判事」から「裁判所」となったことである。さらには、身体検査および解剖といった強制処分について別規定がおかれ(第 222 条 3 項)、宣誓についても、事前宣誓を書面で行い、「良心ニ従ヒ誠実ニ鑑定ヲ為スヘキコトヲ誓フ」ことが内容とされた(第 220 条)。鑑定の結果および経過の報告については、書面もしくは口頭とされた(第 221 条)。また、裁判所外での鑑定・鑑定留置についても別の定めがおかれ(第 222 条)、精神鑑定についても鑑定留置についておかれた明文規定が(同条第 3 項)。また、鑑定人の増員および再鑑定については、裁判所の職権とされた(第 226 条)。さらに、鑑定の際には検察官・弁護士の立会を認めたことも大きな変化である(第 227 条)。鑑定人の報酬については「旅費、日当及止宿料ノ外鑑定料及立替金ノ弁償ヲ請」として、鑑定料について初めて明示された(第 229 条)。さらに、大正刑事訴訟法を特徴付けるものとして、公的機関への鑑定嘱託の明文化(第 230 条)である。これは現行刑事訴訟法では採用されなかったが、鑑定人尋問のことを考慮し、鑑定人は、当事者から鑑定の能力および鑑定の経過・内容につき尋問を受けることのできる自然人であることを要すると決断した結果とされる<sup>204</sup>。また、鑑定証人について別の明文規定をおかれたことも特徴である(第 231 条)。

このように、治罪法以降、「学術職業」により鑑定をする「鑑定人」が初めて明文で定められるとともに、明治刑事訴訟法を経て、ドイツ法の影響を強く受けた大正刑事訴訟法に至り、鑑定人についての手続は条文上精密な法文を置くこととなった。

他方で、その運用の傍ら、専門家が潜在的に有する 2 種類の影響力が、「鑑定人」について徐々に意識されるようになった。すなわち社会的重要事項を決定する、またはその決定に影響をおよぼすという「公の影響力」と、司法精神鑑定にかけられた被疑者の身体・財産の自由を奪うという「個人に対する影響力」である。これらの影響力は国家権力と結びつき、個人の権利を拘束することができるという意味で、「権力」と呼ぶことができよう。

このようにして鑑定人(制度)は導入されたのではあるが、それでは当時の鑑定人が依拠していた精神医学はどのような状況のもとに輸入されたのであろうか。



## 2 領事裁判と法医学の導入

医師が刑事手続に表立って登場するのは、検視検傷業務においてであった。東京を例にあげると、明治6年(1873)末まで検屍検傷の施行は東京府が主管し、唯一人の検視員に命じて府内の検視業務に当たらせていた。検視員は医学知識を有する者ではなく<sup>205</sup>、明治以前の一種の法医学書である『無冤録』を採り入れた検視書類を参照し「調査考稽」<sup>206</sup>していた。明治初期においても「尚ホ司法官ガ同時ニ法医ノ事務ヲ鞅掌」<sup>207</sup>していた。

後に明治初期の「法医学」が前近代的なものであったと評価される理由について、高田義一郎(1917)は「解剖」を行わなかったことが大きかったためであると述べている。つまり検視官が医師ではなかったことに加え、検視官の業務遂行態様は「僅ニ外表ヲ一瞥スルニ止マ」った。「人ノ屍ヲ取扱フコトハ、一切穢多非人(中略)ノ事業ニ属シタル」という社会一般の通念のため官吏が解剖をすることがなかったため、このような事態が生じたのである。<sup>208</sup>

1874(明治7)年になり警視庁がおかれると従来東京府施行であった検視検傷事務が警視庁に移管、東京府各地に警視病院を設立し検視医員を置くことになる。ここで初めて検視に医師が立ち会うようになるのだが、その役割は今日イメージするような裁判医学(明治24年より法医学と改称)業務というにはへだたりのあるものだった。

刑事手続において、「医師」が法執行官の補助者としてあらわれるのは、1874(明治7)年に司法警察の業務の補助者としてであった。

### 明治七年一月二八日検事職制章程司法警察規則

#### 第三章「司法警察ノ事」第一六条

現行犯罪ノ報告ヲ得死傷ノ者アル場合ニ於テハ直チニ犯人ノ場所ニ赴キ医師及ビ犯罪ヲ証スルノ助トナル可キ者ヲ立会ハシメ其原因ト景状トヲ調書ニ詳記シ其立会人ヲシテ之ニ署名押印セシム又時宜ニヨリテハ其家屋ヲ閉シ

他人ノ出入リヲ禁スルコトヲ得ヘシ但シ医師ヲ立会ハシメタル時ハ其医師ヲシテ其死傷ノ原因ト景状トノ書案ヲ記サシムヘシ

医師は当初、死因の特定とその「検案書」の作成のために機能した。

その後、1875(明治9)年になると、医師は「技術ノ人」と総称され、犯罪捜査の補助をなす専門家として把握された。明治9年第47号達は以下のような内容である。

#### 明治九年第四十七号達書 司法警察仮規則<sup>209</sup>

##### 第五章 司法警察官現行犯処分

第二十一条 司法警察官ハ技術ノ人(医師分析師建築工彫刻工ノ類)ヲシテ司法検察官の面前ニ於テ驗察セシメ証書ヲ作り花押若クハ実印セシムルコトヲ得二人以上俱ニ驗察シタルトキハ隔別ニ証書ヲ作ルヘシ

こうした旧式の検視業務が今日のように西洋の医学の影響を受けるようになったのは、ある社会情勢、すなわち不平等条約の存在及びその改正に関わる「鑑定」の問題があったためである。

安藤卓爾(1892)は当時を振り返り、明治初期に日本国内に駐留する外国人が増えるに従い、日本人と外国人が両当事者となる事件が増加したためとしている。その主な事件として彼は以下の事件を挙げている。<sup>210</sup>

##### (a)日本人被告事件

- ・明治3年2月25日南校雇教師英国人リングタラス他1名が神田鍋町に於いて暴漢に襲われ傷害された事件
- ・明治4年新潟県雇英人キングが刺された事件
- ・明治7年8月11日函館に於いて秋田県土族田崎秀親が独逸国代弁領事フアバーを斬殺した事件

##### (b)外国人被告事件

- ・明治8年2月19日英人ブレッキストン(在函館)が雇人杉村喜六(16歳)を殴打後土蔵に監禁死

に至らしめた事件

- ・明治 8 年芝公園内に於いて英国人キングなる者がわが国婦人を強姦した事件
- ・明治 11 年 5 月 15 日横浜居留地雇女佐藤キンを英国水兵が白昼強姦した事件
- ・その他殴打殊に車夫のような者に賃金を支払わず殴打したる事件

このように国内で日本人または外国人が被告人となる事件が発生し、後者の場合、不平等条約により日本に裁判権はなく、被告人たる外国人の属する国の領事に裁判権があった。それゆえ外国人を告訴し、その外国人の属する国の領事裁判を求め、「法律上の証人として」<sup>211</sup>わが国の医師を法廷に召喚しても、近代的な西洋裁判医学の知識の不足のためにその証言が受け入れられないことがあった。また既に述べた法典編纂の場合と同様に、国内のあらゆる面での西洋化(近代化)は不平等条約改正のための必要条件とも考えられていた。つまり、裁判医学の導入は実務の上でも、また条約改正の目的のためにも必要とされたのである。

### 3 明治期の精神医学の輸入

日本に精神医学が導入された方法をみると、初期には専ら「翻訳」と「外国人招聘」によっていたが、その後明治 15 年以降になると留学生派遣という形での知識の導入が始まる。こうして精神医学の独立的地位が徐々に確立して行くのだが、そうした中で重要な役割を担ったのは、日本初の精神科医であり東京帝國大学教授の榎俣と彼の後継者でもある同大学教授・呉秀三であった。彼らの下で精神鑑定は徐々に社会的認知を得るようになっていった。彼らが影響を受け、日本に運び込んだ西洋の精神医学とはどのようなものであったか、そして精神科医の自律性はどのような形で保たれ、または侵されていったのかをみていきたい。

1882(明治 15)年からベルリン大学に留学し、ヴェストファル Westphal のもとで脳病論全盛の精神医学を学んだ榎俣<sup>212</sup>が 1886(明治 19)年に帰国すると、東京帝國大学医学部に精神病学教室

が開かれた。精神病学はここにおいて内科学から独立するが、精神鑑定は法医学および精神医学の双方の領域におかれており、両者の共同での研究が進められていた。<sup>213</sup>同年から榊俣の発意で帝國大学は東京府癲狂院(1880(明治 13)年設立)について東京府と交渉が始まり、1887(明治 20)年には東京府癲狂院は院長制を廃して医長制をとるようになり、これより慣例的に東京大学医学部精神医学教室は東京府癲狂院医長を兼務することになる。その後、榊が医長になると、医員あるいは医務補助として大学関係者がその職に当たるようになる。<sup>214</sup> こうして東京府癲狂院は精神病棟を持たない東京帝國大学医学部精神医学教室の研究・実践の場、つまり実質的な「付属病院」としてこの後も機能したのである(東京大学精神医学教室に大学付属病院に精神病室がおかれるようになるのは大正 5 年になってである)。

1890(明治20)年、癲狂院内で榊俣による第1回精神病学臨床講義が開かれる。これは日本における精神病学臨床講義のはじまりとされる。<sup>215</sup>

こうして榊俣のもとで精神医学はその学問的地位を(実質的な問題は別にして)確立するのであるが、精神医学の重要性を社会的に認知させたのは、前述した明治10 年代後期から世間を騒がせた相馬事件(第 1 部第 1 章第 5 項参照)の影響が見逃せない。ここにおいて司法精神鑑定ないし「医学的証拠」もまた重要視されたのである。

こうして榊のもとで日本の精神医学の急速な近代化が押しすすめられて行くが、精神医学の近代的な疾病分類や責任能力に関する明確な学説を唱えたわけではなかった。そうした作業は榊の後継者である呉秀三の下で活発に進められる。

日本における近代精神医学の創始者とされている榊俣が明治 30 年(1897)に 39 歳の若さで他界するとすぐに、大学助教授呉秀三が文部大臣の命により満 3 年間欧州へ留学する(ウイーンにはじまり、のちベルリン大学へ移り、最終的にはパリ大学にも学び結果的に 4 年間の留学となる)。呉の業績はクレペリン体系の導入、精神病院改革運動、だけでなく、具体的な責任能力論の展開にあった。

呉はクレペリンの早発性痴呆(早発癡呆) Dementia praecox 概念を日本へ紹介したのだが、それ

には呉の「先見の明」とも言うべき判断の結果であった。呉秀三が滞独中に、クレペリンの教科書の第6版中に、破瓜病・緊張病・妄想性痴呆を下位群とする早発性痴呆という統一概念が用いられる。それまでにクレペリンの疾病分類はさまざまに変遷しており<sup>216</sup>、この第6版で一段落することをみてとった呉が早々にこの概念を日本に紹介したのである。帰国後呉は従来用いられていた、診断記載の大部分を早発性痴呆に書き換えた。

次いで、触法精神障害者の責任能力について呉は、榊俣と同様にクラフト＝エービング Kraft-Ebing の影響を大きく受けている。<sup>217</sup> これは呉が精神障害一般に広く責任能力の減免を認めようという傾向を示していることからみてとれる。例えば、呉はその著書『精神病学集要 後編』（1915）の中で精神障害のどのようなものが心神喪失で、どのようなものが心神耗弱かは一概にいえないとしながらも、大別すると次のように考えられるとしている。<sup>218</sup>

- ①心神喪失とされるもの：精神病・白痴(痴呆)・無意識状態(臓躁・癲癇、その他の朦朧状態・催眠術・強度の酩酊)
- ②心神耗弱とされるもの：魯鈍者、変質者、異常気質者、神経症(神経衰弱・臓躁・てんかんその他脳病)により、感動(驚愕・憤怒・苦悶)による特別精神状態者、破瓜時・月経時・妊娠時による特別精神状態者、飲酒・酷熱・脳震盪・その他の原因による低格者

つまり、呉は当時の最先端にあったクレペリンの早発性痴呆概念を導入しながらも、その責任能力に関する考えは、榊の恩師であるクラフト＝エービングのそれを重んじていたため、結局は間接的に単一性精神病論の影響を受け責任無能力をより広くとらえていたと考えられる。ここで「変質者」が心神耗弱とされていたことは注目に値する。

#### 4 戦前における刑事精神鑑定の実際

上記のような法的・医学的背景のもと、明治時代に形成された鑑定人制度は後述の相馬事件が

起こった明治中期から注目を集め、社会的に意識されるようになってくる。そうして形成された精神鑑定制度は明治末から大正・昭和にかけてその権力を十分に発揮しはじめる。ここでとりあげるのは主に、精神科医の自律性に関する問題、つまり「公の権力」をもつ精神科医が自らの専門家としての良心にのみ従いえない、つまり彼らの権力が社会的にコントロールされた状態に陥る危険性についてである。これは井上(1995)によってはじめて実証の試みがなされた問題であるが、ここでは井上のなした天皇制と精神鑑定の問題を、精神科医(鑑定医)の社会的自律性の問題として検討しなおしたい。「理想的な精神鑑定制度」は、精神医学が学問的に確立した上に精神科医の自律性が保たれてはじめて確立しうる。しかしながら明治時代後半からこうした自律性が妨げられる事態が一部の問題に関して生じている。つまり、精神科医の持つ「権力」を間接的に「利用」といった状態の存在は、専門知識を利用する社会的重要事項の決定すべてに内包される「危険性」を示しているといえよう。他方でそうした外部からのコントロールを排した精神鑑定も存在した。

以下、明治期の判決例および呉秀三の鑑定例にみられる精神鑑定事例を検討した後、社会的事件にみられる精神鑑定の実際を検討したい。

## (1) 明治初期の精神鑑定

### ① 藤崎ツキ事件

「刑法および治罪法実施以降」に限定すると、予審判事が治罪法の明文により医師に精神鑑定を命じたのは1882(明治15)年4月藤崎ツキ事件をもって嚆矢とされる。

この事件は東京府南葛飾郡千住南組の車夫某妻藤崎ツキがその実子を井戸に投じて殺した事件で、被告ツキが精神疾患であるや否やの鑑定であった。<sup>219</sup> このときの鑑定人は警視庁御用掛医師安藤卓爾である。ただしこの鑑定の具体的な内容、結論については分らない。しかし、一般的には「近代的」という限定付きの司法精神鑑定のはじまりが相馬事件中、1890(明治20)年にドイ

ツ留学から帰国したばかりの榊俣によって行われた精神鑑定であるとされている。しかし、藤崎ツキ事件での精神鑑定がそれよりも 5 年早く行われていたということは、日本における精神医学が導入され、その社会的地位が確立する<sup>220</sup>より先に精神障害者の鑑別が必要とされたという、現実的な要請が早くから存在したことを示している。

## ②山辺守衛事件

しかしながら、藤崎ツキ事件後、「知覚精神の喪失」が問われる際に必ず鑑定が為されたわけではなかった。山辺守衛事件は「鑑定がなされなかった」例である。

この事件に関する明治 17 年 11 月 16 日付の判文中に責任能力の判断材料についての記述がみられるも、医師の診断を受けた形跡はない。<sup>221</sup> ちなみにこれは「多量ノ酒ヲ飲ミ精神錯乱中ノ」実子の故殺につき被告人が重罪裁判所において刑法 76 条に基づき不論罪とされたことに対し、同裁判所検事菊池重威が上告したものである。ここにおいて菊池検事は被告人が「知覚精神の喪失」した状態ではなかったことを①「妻ト論争ノ始末及ヒ警察官ノ訊問ニ対シテ為シタル陳述」、②「其ノ実父ガ予審判事ノ訊問ニ対シテ為シタル陳述」、および③ 平生の酒量をその証拠としている。更に重罪裁判所でなされた、被告人が「社内蛇塚ノ樹木ヲ伐採セシ節巨蛇走出セシヲ目撃」した後「憂鬱病」を発したという弁護について菊池検事は「口頭ノ陳述ニ止リ証拠ノアルニ非ス」としてこれを退けることを主張している。つまり、弁護士からの精神障害の申し立ては排されているのである。

この裁判で争点となる被告人の犯行時の精神状態について医師の鑑定に依った記録はない。理由としては、日本ではアルコール精神病について知覚精神の喪失を近年まで認めない傾向にあり、意識的に認めない気風すらあったと思われる。<sup>222</sup> しかし、ある人の精神状態を識るために、旧時代と同様に、近親者の証言、本人の生活習慣などから司法官が判定を下していたことは本判決からも看取できる。

本事例は、こんにちの観点からみても精神鑑定が行われてもよい事例であるが、未だ精神医学が大学教育の場でさえ確立してなかった当時の状況から医学的知識が司法官に広まっていたという可能性は低い。さらには、公判において被告人に精神障害の疑いがある場合、精神鑑定を行うか否かを判断するのは裁判官の職権であったため、弁護士側からの心神喪失の主張は難しかったと思われる。

## (2) 明治中後期の精神鑑定

明治後期の法廷において、活発に議論されたのは主に病的酩酊に関する事例であった。狭義の「精神病」それ自体ではなく、「酩酊」、「白痴」といった狭義の「精神病」の周辺領域の問題が争われた。

### ① 大審院判決にみる鑑定

既に検討したように 1895(明治 28)年「謀殺未遂の件」<sup>223</sup>次いで同年「故殺の件」<sup>224</sup>、翌年「放火の件」<sup>225</sup>では、飲酒は知覚精神の喪失を推測させないという「宣告」が下されていた。さらに、大正時代にも大判大正 5 年 10 月 9 日(新聞 1181 号、p.28)・飲酒酩酊事件では、「飲酒酩酊していたからといって、常に必ずしも心神喪失または心身耗弱となるものではない」として、39 条不適用を相当とした。

大正期には早発性痴呆に関する判例もあらわれている。大判大正 15 年 10 月 5 日(新聞 2620 号、p.5)では、早発性痴呆症に基づく病的嫉妬妄想を動機とし、これに基づく感情暴発に当り、道義的情操を欠くため何らの抑制ないし反省なく衝動的に行われた犯行は、心神喪失者の行為に当るとされた。



## ②鑑定手続に関する判例

鑑定手続に関する戦前の判例は「①鑑定の形式」、「②鑑定人意見の範囲」、「③鑑定の要否」、「④鑑定の採否」、「⑤鑑定の証拠方法」、そして「⑥鑑定の証拠調べ」に関して存在する。

以下、それぞれの判例について検討する。

### (i) 鑑定の形式

精神鑑定に限らず、鑑定全般について、大判昭和2年9月10日(新聞2746号、p.9、評論全集16巻刑訴、p.224、および判例彙報38巻下刑、p.291)では、「鑑定」と「診断」の異同について次のように述べている。つまり、「医師に創傷の部位・程度、兇器の種類、予後の経過等を診断させたときは、その書面の名称が何であっても鑑定である」としているのである。この見解は、医師の公平性といった視点を全く考慮しておらず、医師、つまり専門家であれば自動的に客観性が推認されていたものと考えられる。当時の専門家観を反映していると評価できる。

### (ii) 鑑定人意見の範囲

次いで、精神鑑定書では、鑑定人が、「被鑑定者の精神状態」と「法律上の心神喪失・心神耗弱との判断」の間の、どの範囲まで自己の意見を展開しても良いかということに関して、以下のような二つの見解を示した。

まず旧刑法下では、大判昭和7年3月17日(刑集11巻、p.248、新聞3418号、p.8、および評論全集21巻刑訴、p.73)では、「精神状態の鑑定を命ぜられた場合、心神喪失者でない旨断定しても、鑑定の範囲を逸脱したものではない」と判示していた。

また、大判昭和8年5月18日(刑集12巻、p.599)では「鑑定とは、特別の知識により現在の事実を実験し、これを基礎として特定の事実を判断するものであるから、心神耗弱という法律用語を使用しても違法ではない」とした。

このような姿勢は、戦後繰り返し批判<sup>226</sup>される、裁判官の鑑定に対する「盲従」<sup>227</sup>を示しているといえよう。

### (iii) 鑑定の要否

公判において被告人の犯行時の精神状態が問題になった際に鑑定命令を出すかどうかは裁判官の自由心証にかかる問題である。鑑定が精神状態の判断材料になるか、それとも裁判官の知識経験に基づいて決せられるかという鑑定の要否に関しては、大判昭和7年5月2日(新聞3413号、p.15 および評論全集 21 巻刑訴、p.105)で「裁判所が犯人の精神状態を判断するには、必ずしも鑑定を必要としない」と判示した。これは戦後もリーディングケースとなっており、鑑定の要否に際して戦後、この判例を批判的に捉える立場から議論が展開されている。<sup>228</sup>

### (iv) 鑑定の採否

裁判官が鑑定内容に拘束されるか否かについて、つまり裁判官の自由心証と鑑定の関係を示すものとして大判昭和8年10月16日(刑集12巻、p.1796 および評論全集 22 巻刑訴、p.273)<sup>229</sup>に、鑑定の結果の採否は、裁判所の裁量である旨判示されている。具体的内容は以下のようなものである。

裁判官ニ鑑定ヲ為スヘキ特別智識ナキ場合ト雖、各鑑定人ノ為シタル鑑定及其ノ理由ヲ夫々比照考覈シテ経験常識上敦レノ鑑定ノ正当ナリヤ否ヲ判断スルコトニ何等ノ不合理アルモノニ非ス

旧刑事訴訟法は裁判官の証拠説明が明文化されていた<sup>230</sup>(現行刑事訴訟法ではそれが省略されている)ため、鑑定の採否を裁判官の自由心証にかかる事項であるとしながらも、裁判官が鑑定結果を証拠採用するか否か、また証拠採用しなかった場合の理由といった一連の判断過程を可視的にし、裁判官の有するこうした権能に一定程度の制約を課することが可能であったと思われる。

#### (v) 鑑定の証拠調

鑑定の証拠調べの手続については以下の2例が示された。

まず、大判大正14年7月2日(刑集4巻、p.468)では、「鑑定をさせる旨の証拠決定の施行は、鑑定書を公判廷で朗読し、または要旨を告知することによって完了する」としている。

次いで、大判大正14年10月8日(刑集4巻、p.582、新聞2483号、p.9、評論全集14巻刑法、p.255および法律新報56号、p.14)では「鑑定をさせる旨の証拠決定の施行は、裁判所が提出された鑑定書を公判廷に顕出して被告人に示すことで足りる」という手続のもとで、鑑定が行われていた。

ちなみに精神障害による公判の停止については、大判昭和9年6月8日(刑集13巻、p.714)において、心神喪失のため公判手続停止中の被告人に対し、停止決定を取消すかどうかについて精神鑑定を行ったときは、この鑑定の結果を法廷に提出する必要はないとされた。

#### (vi) 鑑定の証拠方法

戦前における鑑定の証拠方法についての判例は、証拠資料の選択・決定について、鑑定人の裁量を広く認めるものであった。

まず、大判昭和8年12月7日○<sup>231</sup>では、裁判所が精神鑑定を命令するにあたって、特に指示をしなかった場合は鑑定の「方法資料」は鑑定人の「任意」により定めてもよいとした。ついで大判大正13年1月28日(刑集3巻12号、p.834)でも、鑑定命令で特に資料を制限していない限り、その物が鑑定のために必要かつ相当なものであれば、その鑑定は有効であるとしている。

さらに進んで、大判昭和11年11月16日(刑集15巻19号、p.1446)では、証拠能力のない書面でも資料として利用できると解している。これに関して浅田(1977)は批判的に評価しており、「たしかに厳格な制限のもとでは十分な鑑定を提供しえないともいえようが、鑑定人の活動によって証拠法上の諸原則が、側面から崩されることは耐え難い」としたうえで、とくに大審院判昭和11年11月16日の判例について、「鑑定資料の提供がほんらい裁判所の任務であることを考えれば、是認されえない」と批判している。<sup>232</sup>

### ③ 呉秀三の精神鑑定と触法精神障害者処遇

明治20年(1890年)代以降も、被告人の責任能力が争われるような裁判の記録はほとんど存在しない。しかし、この時期、つまり、日本における精神医学の制度的確立をみて以降、精神鑑定に関する資料の多くが医学領域にあらわれる。その中でも、呉秀三の『精神病鑑定例』<sup>233</sup>は明治25年から明治40年までの期間のその鑑定自体の資料的価値もさることながら、それぞれの鑑定の末尾に各事件のその後の取扱いが付記されていることが興味深い。下表はそこに収録されている全45例のうち刑事に関する39例の鑑定を「事例番号」、「罪名」、「鑑定命令機関」、「鑑定命令日」、「呉による鑑定内容の概要」、そして「呉鑑定例末尾記載の被鑑定者のその後の処分」について整理したものである。

\*第 37 例以下は原資料での番号付の誤りがあるので、ここでは訂正している。

\*ゴシック体の数字は女性についての鑑定。

\*第 5 例、第 10 例、第 11 例、第 17 例、第 18 例そして第 36 例は民事に関する鑑定であるのでここでは省略する。

番号 <sup>1</sup>	罪名	鑑定命令申請機関 鑑定命令日	鑑定内容の概要	被鑑定者のその後の処分 <sup>2</sup>
1	放火殺人	司法省 明治 25 年 7 月 13 日	幼児の髄膜炎であり、酒毒。	前判決(長崎控訴院)によらず特に死一等を減ぜられ無期徒刑。
2 <sup>3</sup>	放火殺人	東京地方裁判所判事 明治 26 年 4 月 27 日	白痴症。	刑法 78 条により不論罪。
3	殴打致死	東京地方裁判所予審判事 明治 27 年 4 月 23 日	瘋癲病のうちの幻覚性偏執狂。	不明
4 <sup>4</sup>	放火	東京控訴院判事 明治 30 年 2 月 10 日		鑑定期間中死亡。
6	監視違反	東京区裁判所判事 明治 35 年 4 月 23 日	精神病患者であるが、犯行時の精神状態については不明。	検事代理意見を聞き刑訴 183 条(滝本註:審理中に発狂した場合)により弁論停止。
7	家宅侵入	東京区裁判所判事 明治 35 年 6 月 11 日	知覚精神の喪失。	不論罪。
8	故殺	東京控訴院判事 明治 35 年 6 月 20 日	分娩時から今日まで異常。	免訴。
9 <sup>5</sup>	殴打致死	東京控訴院判事 明治 35 年 9 月 17 日	周期性嗜酒狂の発作で知覚精神の異常。	不論罪。
12 <sup>6</sup>	謀殺未遂	〇〇地方裁判所予審判事 明治 36 年 5 月 14 日	慢性酒性精神病で知覚精神を喪失。	免訴。
13	故殺	〇〇地方裁判所所属弁護士 明治 37 年 6 月 18 日	早発癡狂だが犯行当時は是非の弁別ができていた。	無期徒刑の判決言渡あり依りて上訴したるも取り下げて服罪せり。
14	謀殺	〇〇地方裁判所予審判事 明治 37 年 6 月 6 日	躁躁症(滝本註:ヒステリー症)で知覚精神を喪失。	刑法 78 条と刑訴法第 165 条により免訴。

15 <sup>7</sup>	放火	〇〇地方裁判所予審 判事 明治 37 年 8 月 31 日	幼時の脳疾患のため精神薄弱。是非の弁別を有さず。	免訴。
16	謀殺	〇〇地方裁判所予審 判事 明治 37 年 9 月 21 日	精神に異常なし。	重罪公判に付する。
19	放火	〇〇地方裁判所予審 判事 明治 38 年 3 月 15 日	白癡者。	免訴の予審決定。
20 <sup>8</sup>	謀殺未遂	〇〇地方裁判所予審 判事 明治 38 年 2 月 27 日	早発癡狂で知覚精神の喪失。	免訴。
21	故殺	〇〇地方裁判所判事 明治 38 年 2 月 7 日	知覚精神の喪失はなかった。	重罪公判に付する予審決定。
22	放火未遂	〇〇控訴院判事 明治 38 年 5 月 11 日	知覚精神の喪失によりて是非を弁別せず、ということはないが、弁別力は減損。	控訴棄却(本人はこれを不服として上告せり)。
23	放火	浦和地方裁判所判事 明治 38 年 11 月 30 日	犯行時精神喪失の状況にあった。	刑法 78 条刑訴法 224 条により無罪判決。
24	窃盗・持凶 器強盗	東京地方裁判所予審 判事 明治 38 年 5 月 4 日	窃盗については知覚精神を喪失しており強盗については不明。	知覚精神喪失者として免訴。
25	故殺	東京地方裁判所予審 判事 明治 39 年 6 月 8 日	精神病者で是非弁別能力を欠く。	知覚精神喪失者として免訴。
26	強盗及窃盗	東京地方裁判所判事 明治 39 年 1 月 13 日	精神病で心神喪失。	知覚精神喪失者として無罪。
27	放火	東京地方裁判所予審 判事 明治 39 年 5 月 29 日	精神に異常なし。	監獄で(肺炎)死亡。事件消滅。
28 <sup>9</sup>	放火	司法省〇〇局 明治 39 年 10 月 1 日	人の鑑定書の再鑑定。	不明。
29	放火	〇〇控訴院判事 明治 39 年 7 月 7 日	精神異常で知覚精神を喪失	刑訴法 261 条に従い控訴棄却 <sup>1011</sup>

30 <sup>12</sup>	監獄逃走/ 幫助 強盗	東京地方裁判所予審 判事 明治 38 年 12 月〇〇 日	3 人の被鑑定者のうち、1 人は知覚精神の喪失者 であり、2 人目は知覚精 神の喪失者、そして 3 人 目は知覚精神の喪失 者。	3 人とも免訴。
31	恐喝取財	控訴院判事 明治 39 年 5 月 17 日	知覚精神の喪失。	不論罪、後検事の控訴するも明治 39 年 12 月 22 日控訴棄却。
32	謀殺	控訴院判事 明治 39 年 4 月 26 日	精神に異常なし。	弁護士より再鑑定請求抗告後刑法 261 条により 控訴棄却。
33	窃盗	地方裁判所判事 明治 39 年 12 月 20 日	老耄狂。	不論罪の宣告を受ける。
34	官 名 詐 称 詐欺取財	地方裁判所判事 明治 39 年 12 月 20 日	精神に異常なし。	実刑判決、のち控訴の結果、知覚精神喪失者と して無罪。
35	故殺未遂	東京地方裁判所予審 判事 明治 39 年 11 月 29 日	妊娠中の精神異常。	知覚精神喪失者として免訴。
36 <sup>13</sup>	放火未遂	地方裁判所予審判事 明治 40 年 3 月 2 日	白癡。	知覚精神喪失者として免訴。
37	故 殺 及 故 殺未遂	地方裁判所判事 明治 39 年 8 年月 16 日	知覚精神の喪失。	死刑の宣告のち控訴。
38	故殺	東京地方裁判所第三 刑事部 明治 39 年 12 月 18 日	精神に異常なし。	死刑の宣告を受けたるも目下控訴中なり。
39	故殺	東京地方裁判所予審 判事 明治 40 年 4 月 19 日	早発性癡狂により知覚精 神の喪失。	知覚精神喪失者として免訴。
40	謀殺未遂	地方裁判所予審判事 明治 40 年 10 月 25 日	精神異常。	不論罪。
41	殴打致死	地方裁判所予審判事 明治 40 年 3 月 18 日	老耄狂。	知覚精神喪失者として免訴。
42	故 殺 及 故 殺未遂	地方裁判所予審判事 明治 40 年 3 月 5 日	精神病ではないが犯行 時精神に異状の可能性	知覚精神喪失者として免訴。
43	放火	地方裁判所予審判事	先天性痴愚。 あり。	中止(？)

		明治 40 年 6 月 29 日		
44	謀殺	地方裁判所予審判事 明治 40 年 4 月 26 日	精神障害による知覚精神の喪失。	不論罪。

全 39 例の鑑定を概観する。鑑定の数からいって、統計的分析の対象ではないものの、鑑定内容の傾向を把握する便宜として、それぞれの割合を示す。

まず性別に関しては、39 例中女性はわずか 6 例(15.4%)しか存在せず、そのうち 2 件が妊娠・出産に関わる精神異常とされている。

鑑定依頼機関については地方裁判所(予審)20 例(51.3%)、地方裁判所 7 例(17.9%)、控訴院 7 例(17.9%)、司法省 2 例(5.1%)、東京区裁判所 2 例(5.1%)、地方裁判所所属弁護士 1 例(2.6%)という割合になっている。

これらの比率はあくまで呉の鑑定集に限定したそれであるので、これらがそのまま当時の鑑定の鑑定実務をそのまま数量的に反映したものではない。しかし、触法精神障害者関連の事件の大部分が予審段階で処理されている傾向は呉の鑑定に限らず、一般的であったと推察されうる

予審段階で鑑定がなされているもの(20 例)のうち、犯行時精神に異常ありとされているものが 16 例(80%)、二罪のうち、一方の犯行時に知覚精神を喪失しておりもう一方の犯行時には不明とされているものが 1 例の計 17 例存在する。

予審段階で、被告人の処分は免訴ないし不論罪となっているものは 15 例(75%)と高い割合で免訴ないし不論罪が認められている。処分不明(鑑定書に付記がないもの)が 1 例、審理中止が 1 例の計 17 例が前記 17 例と一致している。つまり、予審段階で呉鑑定が何等かの精神異常を指摘したものはほぼ 100%免訴ないし不論罪となっているのである。

次に、地方裁判所の命令で行われた鑑定(7 例)のうち、犯行時精神に異常ありとされているものは 5 例、そのうち 4 例が不論罪とされ、1 例については「知覚精神の喪失」を認められながら死刑の判決を受け控訴中であった(第 38 例)。



控訴院より命じられた鑑定(7例)では、犯行時精神に異常ありとされたものが4例でそのいずれも不論罪となっている。また、鑑定中、被告人の是非弁別力の減損ありとしたものが1例あるが(第29例)その鑑定が控訴審判決にどのような影響を及ぼしたかは不明である。

司法省からの依頼でなした鑑定は(2例)は、いずれも裁判所の判決に司法省が疑問を持ったためである。1例は被告人の精神状態に疑問を持ったため、1例は予審判事の命令によりなされた精神鑑定書の審査意見をもとめたものである。当時の司法省の権限の範囲が窺われる鑑定である。

「地方裁判所所属弁護士」の依頼による精神鑑定(1例)も特殊な経緯で行われたものとして注目される。

以上分析してきたことはあくまでも呉秀三の鑑定に限定された傾向であることは、繰り返し述べておく。しかしそうした中にも、当時の精神鑑定の実務について興味深い事例がいくつかある。以下、そうした精神鑑定例集にみる明治後期の精神鑑定について検討したい。

#### (i) 放火犯永吉力松精神状態鑑定書(第1例)

本鑑定は司法省からの裁判結果への介入があった事例である。これは未遂を含む計33件の放火事件被告人・永吉力松についてなされたものである。永吉力松は明治15年陰暦正月から明治24年7月までの間に明治25年7月13日に福岡地方裁判所で死刑の宣告を受け、同年8月中に長崎控訴院に控訴したが、控訴棄却となった。本鑑定は長崎控訴院からの報告を受けた司法省が被告人の精神状態に疑いを持ち、同年11月、同省から呉に囑託されたものである。呉は鑑定文において被告人の精神状態を以下のように述べている。

##### 鑑 定

永吉力松ハ幼児脳炎ヲ患ヒシ為メ脳髓發育ノ失常ニ随伴セル精神ノ發育障害アルモノナランシカシ而シテ酒毒ハ益々其障礙ヲ加ヘ脳髓ハ遂ニ之ガ為ニ変質ヲ来シタルモノナリ

此種ノ変質ハ精神衰弱睿智殊ニ道德心ノ薄弱ヲ呈シ精神ノ激動シ易キ性ヲ致シ之ニヨリ僅微ナル欲望ノ為ニ之ト相当セザルノ挙動ヲ惹キ起コスベキモノナリ

是ニヨリテ力松ノ嘗テ放火ノ犯罪ヲナシタルハ酒毒ニ起因シタル睿智殊ニ道德心ノ薄弱ニ基キタルモノト推測ス

つまり、被告人が幼時に罹った脳炎のため、脳に異常があったことに加え、アルコールによる脳の変質<sup>234</sup>が「道德心の薄弱」を引き起こしたとしているのである。酩酊犯罪者については、それまで責任無能力を認める判決も慣例もなく、むしろ厳しく取り扱っていたはずであるので<sup>235</sup>、明治中期からアルコールによって引き起こされる精神障害が法廷にも持ち込まれるようになったのではないかと考えられる。

本事件の場合は被告人の、脳髓の退行的変化が前提にあるということも大きな要因であるが、アルコールと精神病が結びついて議論され始めるという現象は法律家より先んじて医学者の念頭にあったこととおもわれる。本鑑定により、酩酊を理由として不諭罪とはならなかった。しかしこの後1896(明治29)年4月17日には新潟県北蒲原郡大室村清田岩作四五歳が夜中突然、その妻子を殺害した事件につき、始審で重禁錮10年の刑を宣告されたが控訴し、その精神鑑定に東京帝国大学医学部法医学教室から医員が鑑定に赴き、「中酒性妄想狂」との診断により、不諭罪となった事例も存在する。<sup>236</sup> このように、明治後期の精神鑑定が、アルコールと責任能力の議論を法廷に持ち込んだのである。

本鑑定の取り扱いにも興味深い事実を伺うことができる。本事件は長崎控訴院での判決で死罪が確定していたが、司法省からの依頼でなされた本鑑定によって「前判決によらず特に死一等を減ぜられ無期徒刑」という結果となった。呉の鑑定では心神喪失を認めることを可能とする内容でありながら、被鑑定者は完全責任能力を認められ、にもかかわらず刑が減輕されているという矛盾した結果になっている。ここでは精神鑑定の結果が情状資料として裁判官の判断に影響を与えた可能性がある。この時期において、本章第3節で検討した責任能力規定の発達史にみられるように、限定責任能力規定は存在しなかったにもかかわらず、裁判所がこのような処断を決したことは、その後の限定責任能規定の新設とその本質を考える上で極めて重要なものである。

また本事例は、鑑定命令発動の契機について、当時の司法省が裁判に対してどのような形で介入を示していたかの興味深い事例である。

(ii) 放火犯被告人木○梅○鑑定書の審査意見(第 28 例)

本事例も、司法省からの介入を示すケースとして興味深い。本鑑定は放火犯木○梅○について明治 39 年 5 月 8 日に予審判事の命令にて町医者○○○○が作成した、被告人が慢性中酒狂であると診断した鑑定文の「審査意見」という形式をとっている。実質的には、○○○○が鑑定時に用いた資料等を参考にして呉が再鑑定をなしている。予審判事は明治 39 年 6 月 25 日には刑法第 78 条、刑事訴訟法第 165 条により被告を免訴、「放免」しているのだが、司法省○○局はその記録を審査し、予審判事の「訊問」に対する被告人の応答から「其鑑定ノ誤判ナラザルヤ否ヤヲ断定スルノ必要アリトシ」、同年 10 月 1 日に前鑑定について被告人の精神状態の鑑定を囑託している。呉の再鑑定では、被告人を慢性中酒症とした前鑑定に対し、資料不十分で結論は下せないとしながらも以下のように述べている。

(前略) 前鑑定人ガ被告ヲ以テ慢性中酒狂トナセルハ正当ニアラザレドモ而モ之ガ為メニ被告ガ全ク精神健全ナルモノナリトハ認め難キ理由アリ又一方ヨリ考フレバ被告ガ犯罪ニ及ビタルニハ十分ナル動機アリテ而モ其動機ハ病症上ニ基ゾクモノニアラズ  
之ヲ要スルニ精神病ノ診断ハ實際親ク検診スルニアラザレバ其当レリヤ否ヤヲ云フベキモノニアラザルガ故ニ前鑑定人ノ鑑定ハ病名ニ於テ誤レリトスルモ而モ本被告人ハ實際ニ於テ精神病患者ニテアルヤモ測リ知ルベカラズ又彼ク疑ヲ容ルベキ余地モ十分ニアルナリ然レドモ本被告人ガ犯罪ニ十分ナル動機アルコトモ鑑定人ノ考量セザルベカラズ点ナルニ之ニ関スル説明ハ前鑑定書中ニハ記載シアラザルヲ以テ余ハ今鑑定人○○○○ノ鑑定書ヲ根拠トシテ本被告人ニ関シテ其果シテ精神病ナリヤ否ヤヲ推測スルコト能ハズ

つまり、前鑑定は診断に誤りがあるけれども、鑑定というのは実際に「親シク検診スル」ことなしになすことはできないという理由で、被告人が精神障害者であるかどうかの判断を呉は留保している。また、鑑定をなす際には被告人の「動機」をその判断材料として重要としていることが特徴的である。

この鑑定(結局、再鑑定は不可能との鑑定結果)により、本事件がどのように処理されたかは不明である。しかし、先に述べた第 1 例と同じく、処分に対する司法省からの介入がなされていた形

跡はきわめて興味深い。

(iii) 塚〇〇三郎精神状態鑑定書(第9例)

事実の概要は以下のようなものである。塚〇〇三郎は明治34年11月11日早朝から五合ほどの酒を飲み、同日3時半帰宅後、実子の帰宅時間を巡って妻「と〇」と口論の末長羅宇の煙管で妻の頭を殴打した。「と〇」はこれにより「頭痛悪心嘔吐」の症状があらわれ、翌日死亡した。同年12月10日長野〇地方裁判所〇〇支部において重罪公判に付すとの予審決定がなされた。公判開始後明治35年2月4日長野地方裁判所刑事部法廷で被告人は「自分には特別な病気があって酒を飲み度なると無暗に飲み度なり際限もなく飲むのであります」と陳述し、弁護人も被告人の酒購入の記録を提出した。また同法廷において〇〇町医師丸〇〇三郎は明治34年1月中に被告が中酒症に罹り「大声ヲ発シ一種異様ノ状況ナリシヲ見実ニ奇体ナル病氣ナルヲ認メタリ」と証言している。そこで、明治35年2月17日裁判長は監獄医藤〇〇太郎に被告の精神鑑定を命じ、該鑑定書で被告人は急性中酒狂と診断された。同年12月14日に鑑定を命じられた医師丸〇〇三郎も被告を急性中酒症とした鑑定書を同日提出している。その結果、同年4月8日、長野地裁は鑑定書に基づき被告は犯行時、「是非ノ弁別ヲ喪失シタルモノ」として、不論罪とした。これを不服とした検事は直ちに控訴、明治35年10月1日東京控訴院刑事第三部において、判事は以下の事項について呉に被告人の再鑑定を命じた。

- 1 中酒症トハ如何ナルモノナリヤ
- 2 塚〇〇三郎ハ中酒狂者ナリヤ否
- 3 被告〇三郎ノ犯罪即チ明治三十四年十一月十一日被告〇三郎カ其妻ヲ殴打シタル際ニ被告〇三郎ハ知覚精神ノ喪失状態ニ陥リ居リシヤ如何若シ陥リ居リタトセバ何ニ基クヤ

やはりここでも、「中酒狂」に対する司法官の不知が示されている。これに対する鑑定書内での

呉の返答は以下のようなものであった。

塚〇〇三郎は尋常中酒狂者にあらずして定期性嗜酒狂に罹り居るものなり

ここで、「中酒狂(尋常性中酒狂)」と「定期性嗜酒狂」について呉の『精神病学集要』<sup>237</sup>をみると、前者は酒精中毒、後者は嗜酒病つまり定期性暴飲病であり、「中酒ニヨル病氣デハナイ」と明確に区別されている。結果として、塚〇〇三郎は鑑定提出後明治36年 1 月 12 日不論罪として「放免」されている。

手続について興味深いのは、本事件における酒精犯罪による心神喪失の主張が被告人側からなされており、弁護士による通常の飲酒習慣についての証拠が提出されたうえで裁判官による鑑定命令が出されていることである。当時、英米法における証拠提出責任に近い実務がとられていたようである。

さらに精神鑑定に関して注目すべき点は、本事例では監獄医が鑑定命令を受けているという事実である。これは鑑定医の自律性を考えるうえで興味深い資料である。

本鑑定は、被告人を「中酒狂者」とした同一内容の医師 2 名の鑑定書の内容について別見解を有していた検察の申請により、呉の鑑定が行われ、その鑑定書により上記のように責任無能力であるとの結論に至り、呉に先立ち鑑定を行った医師たちと検事との間の見解の違いにひとまず終止符が打たれた。ここから呉の権威が伺えよう。

#### (iv) 謀殺未遂被告人〇—〇ス〇ン〇鑑定書(第 12 例)

本鑑定は謀殺未遂被告人〇国人「〇—〇ス〇ン〇」について明治 36 年 5 月 14 日〇〇地方裁判所予審判事より命じられたものである。

本件は明治 36 年 5 月 7 日「〇—〇ス〇ン〇」が妻「〇さ」の就寝中、突然、剃刀を手に襲いかか

った。もみ合いの末、「〇—〇ス〇ン〇」は洋杖で妻の頭部を打ち傷をおわせた。その後「下女」を乱打し、頭部を負傷せしめている。予審判事の取調に対し「〇—〇ス〇ン〇」は当夜の事実を知覚していないと主張、精神の障害を疑われたため、判事は呉に精神鑑定を依頼した。

右精神病ハ慢性酒精中毒症ニ基ヅクモノニシテ当時知覚精神ヲ喪失セシメ是非ノ弁別ナキニ至ラシムル程度  
ノモノナリ

本事件は外国人犯罪であるという特殊性だけでなく、アルコール中毒が責任無能力として扱われた一事例として興味深い。

(v) 放火未遂事件被告〇本〇太郎鑑定書(第 15 例)

明治 37 年 8 月 8 日午後 11 時頃被告人の実父方から出火し、同家の「木小屋肥小屋及び其住宅」が焼失、隣家が半焼した事件である。実弟の証言により被告「〇本〇太郎」が逮捕されるのだが、彼の是非弁別能力について同年 8 月 31 日〇〇地方裁判所予審判事が呉に鑑定を命令した。該鑑定書で、呉は〇本〇太郎は是非の弁別を有しないと診断しているが、予審判事の「若シ弁別ヲ有セサルモノトセハ何ニ原因スルヤ」との問いについて以下のように述べている。

一、犯罪ノ原因ハ彼ガ遺伝ニ淵源シ最幼時ニ得タル脳疾患ノ為メニ精神ノ極メテ薄弱ナルニアリト云ハサル  
ベカラズ

而シテ余ハ彼ガ病症ハ公衆ニ危険ヲ生スルノ虞アルコトヲ附言セントス

つまり、本鑑定で、当時の精神医学の疾病観をうかがわせる資料として注目すべきは以下の 2 点である。まず第一に犯罪の原因として精神の障害、殊に遺伝的素因が言及されていること、さらに

第2点として公衆の危険についてまで、鑑定書中で述べていることが特徴的である。後者については、本事件における被鑑定者に特定してのことであろうが、鑑定書中に被鑑定者の危険性について言及するということは、先にも述べた鑑定書の情状資料としての機能を考えるうえでの証左である。

(vi) 松○濱○助・永○勝○郎・藤○正○精神状態鑑定書(第30例)

本鑑定は、監獄逃走兼強盗犯・松○濱○助、永○勝○郎および監獄逃走幫助犯藤○正○の三名についてなされたものである。明治38年11月25日夕方、松○濱○助、永○勝○郎が巢鴨監獄構内精神病監収容中逃走し、その前日、満期で放免されていた藤○正○が鋸の差し入れによってこれを幫助したというものである。本鑑定は明治38年12月〇〇日東京地方裁判所予審判事より呉に鑑定命令が下り、3人はいずれも「知覚精神ノ喪失者ナリ」とされ、翌年12月28日には予審免訴となっている。

本事件で興味深いのは、鑑定の結果、免訴・「放免」された後の被告人らの処遇である。3名のうち、藤○正○は明治39年12月中「町村委託患者」として入院、永○勝○郎はそれから明治41年10月に同じく「町村委託患者」として入院していることが、鑑定書末尾の覚書に記されている。第3章で検討したように、1891(明治34)年改正案および刑法改正法案理由書において、「精神障礙ニ因ル行為ハ之ヲ罰セス但情状ニ因リ監置ノ処分ヲ命スルコトヲ得」という監護措置命令が刑法典に盛り込まれようとしており、触法精神障害者の施設収容は裁量的ながらも行われていた。

(vii) 故殺犯被告人前○自○精神状態鑑定書(第39例)

本事件は、明治38年12月18日、貸金及損料貸業工「○り○」が手拭で頸を絞められ殺害されたもので、彼女と同棲していた士族裁縫業「前○自○」が被疑者として逮捕されたのち、精神状態

に疑いがもたれ精神鑑定が行われたものである。

本鑑定では、被鑑定者の身体の生理学的説明が詳細に記されており、第 1 部第 1 章で検討したような、近代以降「犯罪者」を身体論的に記述することによって理解しようとする接近方法がここでもとられている。

さらに、本事件では、犯行時の精神状態に影響を与えた、さまざまな原因について検討されている。本鑑定では犯行時に酩酊又は「感動」により行為をなしたことの否認、無意識的精神障害の否定と意識ある精神障害の説明など、専門的見解が縷々展開されており、「精神病」と「痴呆」もしくは「酒精」の区分の説明を求められていたような初期の鑑定とは明らかに一線を画している。鑑定当時の精神医学の発達がここから看取できる。

ちなみに、ここでは信仰家祈祷者にみる精神的恍惚状態は自家催眠の一種であり、被鑑定者は「知覚精神ノ喪失ニヨリテ是非ノ弁別ヲ欠キタルモノニアラズ」として完全責任能力が認められる旨の意見が記されている。この見解は昭和初期における後述の「島津ハル事件」を理解するうえでも重要である。

### (3) 社会的事件における精神鑑定と触法精神障害者処遇

まず検討する相馬事件は、刑事手続上の精神鑑定ではないものの、その社会的影響は絶大なるものであった。精神鑑定と精神医学への大衆の理解を促しただけでなく、本事件に関する外国における報道が、日本における精神科施設の貧困を国際的に知らしめることとなった。不平等条約改正を急いでいた政府は、1900(明治 33)年精神病者監護法を制定するに至ったのである。

#### (i) 相馬事件



既に述べたように相馬事件は、1883(明治16)年から1895(明治28)年まで続いた足尾銅山への投資などで資産家として知られた名家・相馬家当主の私宅監禁をめぐる争いであった。当時の新聞、小説、ノンフィクション、学術雑誌などには相馬事件を扱ったものが多く、その社会的関心の大きさがうかがえる。

事件は旧相馬藩領主の相馬誠胤が精神病を理由として明治12年より私宅監置(華族局の許可による)されていたことに対し、1883(明治16)年12月10日、旧藩士の錦織剛清が相馬家の家令志賀直道らに対し「建白書」を提出、同年12月12日には彼らを「私壇監禁の罪」で東京軽罪裁判所に訴えたことにはじまる。同月20日になってはじめて相馬家は侍医・岩佐純の診断書を添えて「瘋癲病人鎖錮願」を麹町警察署に提出するが、この診断書は岩佐本人の診断に基づいていないものであったことから問題になる。12月22日、26日には、麹町警察副使・大滝新十郎、当時の東京府癲狂院長・中井常次郎、および同癲狂院前院長で警視庁医務所長の長谷川泰が相馬家を訪れ誠胤を診察、「鎖錮すべからず」という結論となるが、相馬家は誠胤を座敷牢から出したのち加藤瘋癲病院に入院させ、のち東京府癲狂院に移らせる。1887(明治20)年1月31日夜に錦織は密かに誠胤を癲狂院から盗み出すのだが、ここで錦織とその後押しをした内務省衛生局長は誠胤を「旅行届け」と偽り「委任状に」署名させ、これをもって1891(明治24)年には誠胤の「総理」という資格で盛んに訴訟を起こし、逆に相馬家側も錦織剛清を、「誣告・私書偽造の罪」で東京軽罪裁判所に訴えた。明治25年2月22日に相馬誠胤は急死するが、これについても錦織は他殺の疑いありとして告訴する。(しかし解剖の結果謀殺の疑いはないとされた) 誠胤の死後も明治28年まで錦織の告訴に対し相馬家の誣告罪の告訴をもって争っていたが、この間も相馬家から担当検事への贈賄も明らかになり、事件が決着するのは明治28年3月11日に錦織に対し「禁固四年、罰金四〇円」の判決が確定してからである。

重要なことはこの明治10年代後期から世間の注目を浴び続けたこの事件の中であって、明治20年4月19日に榊俣が作成した精神鑑定書(当時は診断書といった)が事件のなかで重要な役割を担ったことである。榊はその鑑定書の中で誠胤は「時発性躁暴病」に罹患しており、精神病患者では

あるけれども「病勢の充盛するとき以外は入院を要せず、自宅療養も可」<sup>238</sup>としたため、誠胤は癲狂院を退院し自宅での療養をすることになる。こうした榊の鑑定書は広く世間に医学的証拠の効力を知らしめることとなった。

相馬家当主、相馬誠胤を診察した当時の医師たちは、内科医、外科医とその専門領域を異にしており、明治以降の医学教育を受けたものもあれば、江戸時代より続く蘭学の素養の上に医業を営んでいるものもいた。こうした中で相馬誠胤の精神病の諸診断の整合性はなく、旧来の精神医学知識をもって事件に注目する世人を納得させることは難しかった。そのような状況の中で榊の作成した鑑定書が相馬事件中になされた裁判にあつて最も信憑性のあるものと考えられた理由は、その診断内容の客観性は別にして(これは、榊の鑑定に疑いがあるという意味ではなく、今となっては誠胤の病気の状態がどのようなものであったかは知るすべもないからである)、彼がこんにち採用されている方式、つまり「近代的な」方式<sup>239</sup>で鑑定書を作成したことと、彼がドイツで精神医学を専門に学んだという事実の2つによるものである。後者についていえば、西欧において精神科医たちが自らの社会的地位を確立する方策を模索する努力をしていた時期に、日本では、精神科医は「西洋の」学問を修めたという事実をもってその地位を不動のものとされたのである。西洋諸国と比較して日本における医師の社会的地位がより高いものであるというのは、精神科の教授を含む帝國大学の教授陣が勅任官であるという内からの権威づけのみならず、彼らが西洋の近代医学を学んだという外からの権威づけがなされているからである。

## (ii) 虎ノ門事件

1923(大正12)年12月27日第48回帝国議会の開院式に、病気中の大正天皇の代行として臨席するために議場に車で向かっていた摂政皇太子・裕仁(昭和天皇)が銃撃を受ける。これが虎ノ門事件である。銃弾は自動車の窓ガラスを打ち抜いたが、皇太子にけがはなく犯人はその場で警備員によって取り押さえられた。犯人は山口県出身の25歳の青年・難波大介であり、彼は1919(大正

8)年頃から左翼思想にめざめたといわれる。<sup>240</sup>

公衆の面前で企てられたこの事件は社会に衝撃を与え、新聞をはじめとして世論は難波の「狂気」を主張しはじめる。例えば政友会総務・小川平吉はこの大逆事件について、「今度の不敬漢がねがわくば狂人であってほしいとおもう」<sup>241</sup>と述べている。また、難波は犯行前に新聞社の特定の個人と雑誌社その他に、テロ決行の趣意書を送っているが、このことについて難波は予審調書の中で以下のように述べている。

私が新聞社へ手紙を出しました理由は、これまで皇族に対して危害を加えるものを往々狂人扱いすることが、権力者の常套手段であることがうかがわれたので、私は決して狂人でないことを証明するため(中略)新聞社に発送したのであります。<sup>242</sup>

明治大正 13 年、予審判事の沼義雄は難波大介の精神鑑定を行うこととし、東京帝国大学医学部教授・呉秀三に鑑定を命じた。この鑑定は同年 1 月 16 日から 2 月 5 日までの 21 日間にわたってなされる。呉は 2 月 5 日付けで鑑定文を提出するが、世間の期待に反して彼の意見は「精神的には何等欠陥を認めず」であった。<sup>243</sup> 前にも述べたように、呉の鑑定において責任無能力とされるような疾病の範囲は現在よりも広いものであったにもかかわらずこのように診断されたのである。

専門家の、しかもこの時代では、一番権威のあった鑑定人によってなされた鑑定では難波は「正常」とされたため、この後の予審でも、また大正 13 年 10 月 1 日と 2 日の両日にわたっての大審院での公判では、精神病の代わりに難波の腎臓病に焦点があてられ、予審判事も裁判官も「そのために死を急いだ」<sup>244</sup>という方向で犯行当時に難波が通常ならざる精神状態にあったとしようと努力しているが、そうしたラベリングに対し、難波は最後まで自らの主張を貫き通すことで反抗を続け、最終的には死刑判決を受け入れたのである。<sup>245</sup>

この事件は、精神科医の自律性が保たれていた事例といえよう。社会や、予審判事の期待が、難波大介を「狂人」とする方向に大きく傾いて行く中で、呉は自らの専門家としての「良心にのみ」従

い上記のような鑑定を下したのである。

こうした精神科医の自律性の重要性は次に述べるような、それが著しく侵害された事例をみると明らかであろう。

### (iii) 島津ハル事件

1936(昭和 11)年 8 月 29 日に島津ハルを含む「明治神宮ミソギ会」の会員 4 人が不敬罪で逮捕された。俗にいう「島津ハル事件」が起こる。彼らは「交霊」の最中に昭和天皇を廃し高松宮を即位させるべきである、という旨の密談をしていたという理由でこの罪に問われることとなったといわれる。結果として、同年 9 月 24 日に島津ハルは起訴前判定で「感応性精神病(祈祷性精神病)」と診断され、不起訴になる。

井上(1995)は、この島津ハルの精神鑑定について、『木戸幸一日記』等にみられる記述をもとに疑問を投げかけている。具体的には同年 9 月 22 日の『木戸日記』に「島津治子(=ハル;筆者註)は検事総長(光行次郎)の意見にて警視庁にて精神鑑定をなし、病院に監置することとなり、25 日に実行する筈」<sup>246</sup>とある。つまり、精神鑑定がなされる以前に、すでに島津ハルの入院は決まっていたのである。井上はこのような決定があらかじめなされていたのは①島津ハルの精神障害が素人目にも分かるくらい重かったため、または②反皇室分子に異常者というレッテルを貼るため、といった理由が考えられるとしている。

しかし島津ハルの起訴前鑑定を行った警視庁衛生部金子技師<sup>247</sup>が奇しくも、同月 25 日に『大阪朝日新聞』の質問に対し述べているように「島津女史の感応性精神病というのは後天のもので(中略)信仰上の妄想幻覚はまだ強固のようだがこの病気は快癒すると考えられる。」ことから、①の理由は考えられない。さらに、先に検討した呉秀三の鑑定例第 39 例にみる類似の精神状態に完全責任能力が認められていることから、精神障害が重篤であったことは考え難い。

すなわち島津ハルは精神障害者でなかったか、もしくは「快癒すると考えられる」程度の精神病

にもかかわらず起訴前鑑定にかけられ不起訴にされるという異例の措置をとられているのである。

これらの事例は精神鑑定医の自律性を侵害することにより、精神鑑定が持つ権力を恣意的に利用しようとする意図が社会に存在することを示している。前出の「虎ノ門事件」では、そうした意図は呉秀三という「権威(それは相馬事件でみられるように、輸入西洋医学を習得しているという権威、および勅任官であることのそれ)」の前に崩れたのである。しかし、昭和初期の「島津ハル事件」でなされた鑑定は、皇室に対する(しかも内部からの)反抗を、「狂気の仕業」として処理することを可能にしてしまった。ここでは鑑定の「陰」ともいうべき性質が露呈している。

#### (4) 戦前の精神鑑定と鑑定人の中立性

これまでみてきたように、日本の精神鑑定には、次の2つの流れがあったといつてよい。第一に中央集権的な裁判制度において裁判機関から司法省へ提出された行政文書としての側面と、第二に現実の裁判のなかで被疑者の精神問題にかかる事実問題が争われる際の結論の拠り所としての機能がそれである。さらに精神鑑定書が行政文書から証拠として扱われる過程には、周知のごとく拷問の基盤となった法廷証拠主義から自由心証主義への移行が影響する。つまり精神鑑定は、自由心証主義から生まれながら、それを合理的に制御する機能を内包しているのである。

ただし、明治時代初期には、精神鑑定は基盤になる精神医学の学問的確立を待たずに開始されたことには注意を要する。

この時期には、国家は精神鑑定のもつ、「公の権力＝社会的重要事項を決定する」と「個人に対する権力＝被疑者の身体・財産の自由を奪う」といった2つの権力を充分意識してはいなかった。それが意識されはじめるのは既述の相馬事件が社会の注目を集め続けた明治10年代後半から20年代後半以降、法廷において精神鑑定の持つこうした権力が徐々に機能をするようになったからである。こうして明治時代後期の精神鑑定は、一方で精神医学が「輸入西洋医学」であることに基

づく権威を持つと同時に、他方、精神鑑定が天皇制の下で政治的独立性・中立性を保つことが非常に困難であった検察および裁判所の判断材料の1つに過ぎないという緊張関係の中で、あるときは無条件の権威をもち、またあるときは恣意的に利用されてきたのである。

## 5 小括

以上、精神鑑定に関連する領域の進展を検討したが、ここで確認できることは刑法の責任論における「予防」概念の切り離しと、これの政策への解消という潮流である。これが具現化したものが精神障害者関連法規のより福祉的な発展に矛盾するかにみえる「心神喪失等の状態で重大な他害行為を行った者の医療及び観察等に関する法律」（いわゆる「心神喪失者医療観察法」）の制定であろう。終局的には、心神喪失者医療観察法を消極的に（つまりは批判的に）位置づけるのは、第一に迅速な医療の提供と心神喪失者医療観察法のシステムが矛盾するものであるということであり、第二に、精神科特例に象徴されるような日本における現在の精神科医療政策と精神障害者収容施設の「貧困」である。

上記の問題点を政策的に解消することが可能となっはじめて心神喪失者医療観察法の法的性質は、触法精神障害者にとっての「利益処分」たりえるのか、それとも実質的「保安処分」になりうるのか決せられよう。

特に死刑が問題とされるような事件以外の精神鑑定では、心神喪失の判断をなすことが「疑わしきは被告人の利益」になりうるか否かが実質的な問題である。精神科施設で提供される収容環境と医療レベル如何によっては、そこに入院させられることが、刑務所への収容よりも実質的に「不利益」となりえるからである。この手続的利益と実質的利益の不整合が解消されることが、適正な精神鑑定制度の前提問題であることを、ここで今一度確認したい。

## 第6節 本章のまとめ

第1部第1章で把握しえた触法精神障害者を取り巻く諸事情は、不平等条約改正、天皇制（もしくは、それを包括的に捉えた政治権力）、そして私宅監置という前近代からの拘禁制度の存続とその合法化という日本特有の事情のもと、以下のように概括しうるものであった。

まず刑罰の歴史の中で、時代と、社会情勢と、政治情勢、さらには自らが犯した犯罪の性質に応じて精神障害者の扱いは大きく異なっており、同一の時代にあっても彼らに対する刑罰の運用は不安定なものであった。また明治初期の律令制度下においては、儒教的仁愛思想のもと寛大な処分がとられていたが、触法精神障害者不処罰の根拠は、彼らが「刑罰の意味を理解しないこと」、つまり受刑主体能力が欠けているということにあった。

その後、不平等条約改正のために移植された「近代的」刑法において、当初、責任能力は刑罰適応性ないし受刑能力として認識された。そもそも○責任に関する能力は、①行為時に精神障害があったかどうかという視点と、②恒常的にその者が精神障害者であったかという2つの視点から理解されうるものである。したがって精神障害者であることを「身分」とであると捕らえる立場は②の視点と近縁性を持ち、したがって責任能力とは刑罰適応性を意味することとなる。明治初期の責任に関する能力はこの視点から出発していた為、「近代的」刑法の移植後も同様の理解が影響力を持ち続けていたと思われる。これに対して近代刑法における「有責行為能力」は、①の視点から責任能力論を展開したものである。しかしながら限定責任能力概念が進展するに従って、有責行為能力がありながら刑罰適応性が欠けるという事例への対応を余儀なくされたのである。

「刑罰適応性」が責任能力論の中でどのように位置づけられるかについては、責任能力についての理解の前時代からの連続性と、新派の決定論的思想の影響だけではなく、限定責任能力概念の発展をも含めた複合的な視点で論じられなければならない。

次いで手続上、「精神鑑定」は、明治初期の律体制下において慣例化していた法執行官による「起訴段階での触法精神障害者の精神状態の査定」と「不起訴決定の権限」が、治罪法・明治刑事訴訟法のフランス法的な予審制度のもと実務において踏襲されたものである。明治初期の行政文書としての「鑑定」から証拠法上の鑑定へと、鑑定の法律上の位置づけが変化しても、「鑑定」の

実質は行政文書としての側面が払拭されないままであった。このことは、精神医学主導の「鑑定」実務を生み出し、戦後それに対する反動の形をとって、被告人の精神状態に関する法廷における法学家と医師の管轄問題をより先鋭化させるものとなったのではなかろうか。ここにおいても、新しく移植された制度的枠組みとは別に、全時代からの実務が存続しているという、制度と実務の理念的乖離がみられるのである。

同時に精神医学については、明治時代後期には、留学によりドイツ精神医学を修めた専門家が登場するに至って、「国政医学」たる精神医学への信頼はいや増しに増した。実際の裁判では精神科医による精神鑑定は実際の裁判に大きな影響を与え、その拘束力は戦後に批判<sup>248</sup>されるごとくであった。戦前の精神鑑定の拘束性の高さは、精神医学が「輸入科学」であったこと、鑑定医が強い権威を持った勅任官であったことに由来する高度な自立性を有していたためであることは否定できない。その自立性が何らかの事情によって侵された状況下においては、精神鑑定は、その信頼性をも侵されるだけでなく、「精神鑑定」制度に内包される諸権力〇が外部から利用される危険に曝されるのである。

さらに処遇については以下のように概括できよう。つまり明治前から続く水治療法や桶伏といった治療法が寺社において、欧州から導入された(プリミティブな)心理療法や作業療法が巣鴨病院といった一部の施設で提供されたのみであり、治療なき放置、治療なき拘禁が一般であったと思われる。また、精神障害者政策は明治期において、警察行政の管轄下に置かれていたが、これは精神障害者が危険な存在として認知されていたというよりは、公衆衛生政策と同様に「国政医学」として国家権力の統制対象とされていたからであろう。精神障害者の「危険性」の主張は、精神医学の知識の「輸入」によって、欧州の社会防衛理論が導入されて以降に展開されたものであった。

触法精神障害者政策については、特に戦前と戦後は対照的な施策がとられた。特に福祉領域からの精神障害者政策と刑事政策領域から展開される触法精神障害者処遇の間に、こうした対照性がより鮮明に見出せる。つまり社会福祉および公衆衛生法の領域は、法と社会制度の大変革をうけ「個人の福祉」の実現を目的とした(アメリカ合衆国の影響というだけではなく、ニューディール



政策においてすら実現しなかった進歩的な)政策へと転換したのに比べ、刑事法の領域では触法精神障害者処遇制度に関して、戦前からの保安処分制度に関する議論が戦後に至っても連綿と続けられ、前時代的な社会防衛思想が存続した。しかも、そうした思想が欧州の先進的な制度として紹介、導入された様相には、世界がある必然に向かって等しく「進化」している過程であるのか、それともかつて著者が述べたように<sup>249</sup>、ある制度の有効性・有用性を主張する議論は、結果的に、既存の制度を維持するために主張されているだけなのか(その視点において、現在から過去を再検証する際にわれわれが陥りがちな、「原因」と「結果」を混同するといういわゆる「遠近法的錯誤」(○説明)が存在するのか)を究明することは、過去から現代に向かう歴史研究によってのみ明らかにされる。

そしてとりわけ重要なのは、当たり前のように行われた精神障害者の刑事法システムにおける「客体化」である。その理由として、第一に責任無能力となれば刑事手続の外におかれる精神障害者は、手続の「当事者」たりえないこと、つまり理念的に当事者主義手続の前段階におかれた存在であること。第二に、その意思能力に欠陥が見出される存在として、実質的にも手続主体となりえなかったということが挙げられよう。

手続だけではなく、近代刑法もその名宛人を意思能力を持つ理性人に置き、精神障害者は名宛人として予定していなかった○。これに対する反動は近時でも刑法 39 条不要論として極端な形で散見される。

それでは、再度当初の問題に立ち戻って考える際に、精神障害者の刑事法システムにおける主体化は、そもそも不可能なのだろうか。(○以下の答えは主体化とは無関係ではないか?)

上記の問いかけに対する答えは、「近代」刑法が「市民」に対する不当かつ非人道的な取扱いを排除する目的のため自然法擁護の思想をその根底に持つ事実から必然的に、また触法精神障害者処罰の不安定な運用の歴史から逆説的に引き出せるだろう。近代刑法の責任主義が触法精神障害者処遇について有する意義は、責任能力規定の安定的運用と(さらにそうした努力を通して実現する体系性保持による刑法の抑止機能の強化と)、触法精神障害者の人道的取扱いである。

規範意識が国民感情によって形成されるもの<sup>250</sup>ならば、こうした規範意識は外部から容易に操作しうるものだけに一層、触法精神障害者への法的反作用の安定性が担保されなければならない。この安定性の保証は責任能力基準の規範的定立とそれを公判において実効的に保障する精神鑑定制度の確立をその内容とするのである。さらに、こうした精神鑑定手続においては実体的真実の発見よりも、精神障害者の人権擁護が優先されなければならない、同時に裁判の迅速性も保障されなければならない。

「あるべき精神鑑定」の必要条件は、精神鑑定が裁判官の自由心証を合理的に制御しうるものかどうかを議論する際に提起された諸問題（鑑定の要否、鑑定の採否）の内部にではなく、その「前提」に存在するのではなかろうか。鑑定の客観性の保障という、「科学」への過剰な信頼のために単純すぎて忘れられた前提条件の実現があつて初めて、「あるべき精神鑑定」は自由心証主義の合理的制御「ともなりうる」のである。そしてそれは、鑑定の要否および鑑定の採否といった鑑定の核心的議論の中にはないけれども、それを外から支える要件なのである。

このような仮説のもとに次章では現在の鑑定が直面している問題について検討したい。

## 第2章 刑事精神鑑定をめぐる議論

### 第1節 戦後の刑事訴訟法と鑑定

#### 第1項 前提的考察

##### 1 大正刑事訴訟法から現行刑事訴訟法へ

1945(昭和20)年ポツダム宣言受諾により、第2次世界大戦は終結した。日本はアメリカ合衆国の占領下に置かれ、戦犯の国際裁判を含む戦後処理と共に、国内制度の革新がGHQ主導の下に進められた。そうした中で現行刑事訴訟法は公布・施行された。

その骨子は、大正刑事訴訟法までに基調とされたドイツ法的要素を背景に、アメリカ合衆国の手

続システムを加味したものであった。特徴的な改正としては、当事者主義の採用、訴因制度の導入、起訴状一本主義の採用、予審の廃止、控訴審の事後審化、そして不利益再審の廃止である。とりわけ、控訴審の事後審化と並行して「第一審の強化」を強調することは事実審の審理過程の機能充実をその前提としており、鑑定役割はより重要になったとされる<sup>251</sup>。逆に、ドイツ法に由来する旧刑事訴訟法においては画期的であった証拠説明の要求についての規定が、現行刑事訴訟法立法時に削除された<sup>252</sup>。後に述べるように、証拠説明の要求は裁判官の自由心証を内外から合理的に制御するための手段のうちの1つであった。

第1章では、治罪法以降、大正刑事訴訟法までの「鑑定」の条文上の変遷を概観したが、ここでは以下その現代的展開を検討する前提として、大正刑事訴訟法および現行刑事訴訟法の鑑定に関する規定の相違点について確認する。

原則として、裁判所が命じる鑑定、すなわち総則第12章「鑑定」刑訴法165条以下および刑訴規則128条以下の、いわゆる正式鑑定の規定は、基本的に旧刑訴法における総則第14章「鑑定」219条以下を継承したものである。ただし、大きな変更点として、起訴前段階における捜査機関による鑑定嘱託に関連する規定が削除されていることが挙げられる。それ以外に以下のような変更が指摘することができる<sup>253</sup>。

第一に、現行刑事訴訟法での令状主義の採用が挙げられる。憲法33条・34条および第35条を具体化するものとして、新法167条2項の鑑定留置の手續について令状主義を適用し、留置状の制度を設け、また新法168条2項は、必要がある場合には、鑑定人は、身体の検査、死体の解剖、物の破壊等についても裁判所の許可状（「鑑定許可状」）を必要とした。さらには、憲法35条の要請により、住居等への侵入も明記された。

第二に、大正刑事訴訟226条は、裁判所が鑑定を十分でないと判断したときは、鑑定人を増加し、または他の鑑定人に命じて鑑定をさせることができるとの規定がおかれていたが、これが削除された。再鑑定の根拠規定の削除は批判すべき「後退」である。

第三に、大正刑事訴訟法では裁判所は「官署又ハ公署」に鑑定を嘱託することができるとの規

定がおかれていたが、これが削除されている。公的機関での鑑定に一定の権威付けが為されているドイツ刑事訴訟法の影響が払拭されたわけだが、これは戦後の人員不足に由来するものであろうか。

第四に、新法 172 条では、鑑定人が 168 条に基づき裁判所の許可を得て行う鑑定処分としての身体検査に関して、鑑定人自らが直接強制することはできず、必要な場合は裁判官にその直接強制を請求することができることとなった。

## 2 鑑定・精神鑑定・鑑定人の基本的問題

本稿で扱う鑑定とは何かが問題となる。第 1 章においては、現行刑事法における鑑定から離れて、刑事司法手続の中での「被疑者・被告人」の精神状態を識るための方式全般から広義の「鑑定」概念を現象として取り扱った。しかしながら、第二章において検討の対象となるのは、現行刑事訴訟法上の「鑑定」についてである。

ここではまず、「鑑定」および「鑑定人」について様々な側面から接近したい。

### (1) 鑑定

鑑定の本質に最も多角的に接近しているものとして、三井誠(1999)の分類を基に「鑑定」一般について概観する。

刑事訴訟法上「鑑定」の語は次の三種の意味で用いられている。第一に、特別の学識経験に属する経験法則またはこの法則を具体的事実に応用して得た意見・判断に関する「報告」を総称する場合である。第二に、特別の知識経験に属する法則またはこれを具体的事実に応用して得た判断を、鑑定人に報告させるための「証拠調べ手続の全体」をいう。刑訴法の「総則第二章」における「鑑定」は第二の意味で使用されている。そして第三に、第一の意味における鑑定の準備として行

われる「事実的行為」(例えば法 168 条 1 項に定める処分等)をいう。具体例としては、刑訴法 170 条・刑訴規則 130 条にいう「鑑定」の語である<sup>254</sup>。

一般的に、「鑑定」といえば、第一の意味で用いられ、最判昭和 28 年 2 月 19 日(刑集 7 卷 2 号、p305)でも、鑑定を、裁判所が裁判上必要な実験則等に関する知識経験の不足を補給するもの、と定義している。

本稿における「鑑定」も、基本的に第一の意義にあたるものであり、精神医学領域からの知識経験をういた被疑者・被告人の精神状態の査定・判断を「精神鑑定」としている。

個別の鑑定は、通常、当該学識経験を専門領域別に分類<sup>255</sup>して、法医学鑑定、精神医学鑑定・心理学鑑定・生物学鑑定・化学鑑定・物理学鑑定・工学鑑定と呼ばれる場合と、他方で鑑定対象の種別といった視点から、筆跡鑑定・足跡鑑定・声紋鑑定・指紋鑑定・毛髪鑑定・血液鑑定・DNA 鑑定と呼ぶ場合もある<sup>256</sup>。こうした鑑定のうち、実際に最も数多く実施されているのは、精神鑑定とされる<sup>257</sup>。

このようにある専門的な学識経験を有した専門家によって行われることを以って「鑑定」といった大きなカテゴリーに分類されているものの、個々の鑑定はそれぞれ固有の問題と議論を有している。

次いで、鑑定の目的として、前出最判 1953(昭和 28)年 2 月 19 日は、学識経験を活用することによって、「裁判所が裁判上必要な実験則等に関する知識経験の不足を補給する」ためにあるとされる。裁判所の判断能力を補充し、その認識・処分が適切に行われるよう補助するのである。これは、鑑定人の補助的・補充的性格といわれるものであるが、刑訴法 129 条および法 168 条は鑑定人に対して、裁判所が検証の際行使できる強制処分と同様の権限を付与しており、その性質を補強しているものと考えられる。

しかしながら、法文および判例に現れた鑑定の目的とは別に、実際の機能が刑事手続の適正化、さらには当事者化に作用することから、一般に承認されているのが、裁判官の自由心証を合理的

に控制しうるという鑑定の持つ実質的機能である。これは鑑定の目的として設定しうる重要な機能であり、これら目的のためにも有能な鑑定人を確保することは必要である。

## (2) 鑑定の種類

まず、証明の対象という視角からみると、鑑定は事実認定においては犯人の①同一性確認、②主観的要件、③因果関係、④責任能力の存否・程度、を対象としており、量刑においては、a) 犯行の動機、b) 原因、c) 精神状態・心理状態を証明するために行われる。<sup>258</sup> 刑事訴訟規則第33条3項では「決定又は命令をするについて事実の取調をする場合において必要があるときは、法及びこの規則の規定により、証人を尋問し、又は鑑定を命ずることができる」としており、訴訟法上の事実(訴訟能力など)についても鑑定が行われる。

本稿で扱う精神鑑定は上記④を対象とするが<sup>259</sup>、精神鑑定は、責任能力の存否を直截証明しようとするものではなく、責任能力を判断する主体である裁判官の精神障害判定能力の欠如を補うために、被疑者の犯行当時の精神状態という「事実問題」について行われる。同一性確認など他の鑑定との比較において精神鑑定の持つ特質として鑑定人の事実評価である鑑定が、さらに裁判官に評価されるという二重の評価に晒される点にあることが挙げられる。また第二の相違点としては①②および③の証明を目的とする鑑定は結果がそのまま当該被疑者が有罪である証拠となるため、誤鑑定により誤判・冤罪の原因となりといった問題が存在するのに対し、精神鑑定の場合その過誤には次のような問題が伴いうる。

第一に被告人に犯罪事実について争いがない場合に、犯行時に責任能力がなく裁判段階でも人格能力が低下した被告人に対して精神鑑定の過誤により刑罰を科す決定を行った場合の①右判断の責任主義への違背、②刑罰適応性の問題(死刑が争われる場合特に、死刑ではなくても刑罰適応性がない被告人に治療ではなく刑罰を与えることの適否)が議論されうるのである。

さらに第二に犯行時に責任能力がなく裁判段階に人格能力を回復している場合で、①本人の

意志に基づかない行為について刑罰を科すことについての、やはり刑法理論上の責任主義の破綻、②そのうえで、刑事訴訟手続における処分である鑑定が実質的に被疑者の黙秘権を認めないという憲法の自己負罪拒否特権の侵害、③そもそも意思能力が欠け、裁判段階でも訴訟能力を有していない無辜の被疑者・被告人に対して(a)無罪弁明の機会を失わせ、「有罪推定」の見地から精神鑑定を強制することの非人道性と憲法上の裁判を受ける権利の侵害、(b)そのうえで、刑事訴訟手続における処分である鑑定が実質的に被疑者・被告人の黙秘権を認めないという憲法の自己負罪拒否特権の侵害である。このうち特に③(a)に関しては刑法 39 条廃止論<sup>260</sup>の論拠ともなっている。刑法 39 条および精神鑑定の存在意義を根拠付けるのは刑法の責任主義の貫徹とそれにより保持された強固な体系性によって国家刑罰権へ抑止機能が実現することである。第1章で検討したように、社会情勢によって左右されやすい精神障害者への不安定な対応から、刑罰という最も苛酷な社会的反作用をあらかじめ排除するという人道的配慮から、精神障害者不処罰制度が歴史的な必然を持った制度として生成されたのである。ここから更に、責任主義を貫徹した結果としてという消極的意味づけだけでなく、治療への重要な方向付けという積極的な意義がこの制度には存在するのではなかろうか。

### (3) 鑑定人

#### ① 鑑定人適格

刑事訴訟法一六五条は鑑定人を「学識経験のある者」とする。ここでいう「学識経験のある者」とは、とくに学術的に優れた学者や研究者に限る趣旨ではなく、鑑定事項につき鑑定能力、すなわち専門的・特別な知識経験を有する者という意味である。<sup>261</sup> 精神鑑定に関しては、第一章で既に検討したように、前近代において被疑者の家族・近隣の人々が、触法行為を行った者の精神状態について証言したが、こうした証言に客観性を持たせるべく複数人での証言という「証人の数による客観化」が行われていた。精神障害の存否は一般人でも把握しうる可能性があることと、他方でそ

れについて客観的保証が必要であることの二つの事情が、裁判官と鑑定人の管轄争いの原因の一端にある。

精神鑑定を行う鑑定人は、精神科医師が一般であるが、その資格についての具体的要件については存在しない。

ところで鑑定人について、その業務遂行能力の程度が鑑定結果の判断に影響を及ぼしうるか、つまり鑑定結果の拘束の度合いに影響を及ぼすかという問題が提起される。私見では学術的に当該専門領域に特に優れた業績のある者の行った鑑定が、同領域の専門家ではあるものの、さほど専門性が高くない専門家が行った鑑定よりもより裁判官の判断を拘束しうると考えるほうが合理的であるようにおもえる。例えば出産時の医療過誤により新生児が死亡した事件などの鑑定の場合、同じ産婦人科医が鑑定人となった場合でも、「新生児」研究の専門家と「母体」研究の専門家ではおのずと鑑定結果の精度が異なってくるはずであり、それが裁判官への鑑定の拘束性に関係する。また単なる医師の行った精神鑑定よりも、精神科医の精神鑑定のほうが、より鑑定結果への信頼が増すと考えることが論理的であるし、臨床経験の乏しい鑑定人よりも臨床経験の多い鑑定人のほうがその能力において優越すると考えられる。(○拘束性の問題か？という疑問が浅田先生から提起)

例えば、東地判平成2年5月15日(判タ734号、p246)は、簡易鑑定の内容の正確性を担保するのは鑑定者の正式鑑定の経験の多さであるとしているように、鑑定の正確性は鑑定人の鑑定経験におかれている。簡易鑑定は刑事訴訟法第一六五条に規定された「鑑定」とはその法的性質を異にするものであるが、簡易鑑定よりも鑑定の正確性が求められる正式鑑定において、右見解は当然妥当しよう。

しかしながら問題はそうした専門家の能力上の問題を把握することが裁判官を含め一般人には不可能であるということである。鑑定人の専門的知識と臨床経験および適正に業務を遂行しうる人格能力など、これらの鑑定人の素質にかかる問題は鑑定人選任過程の透明化とも関係する問題であり、これは本章第5節において検討する。



## ② 鑑定人の補助性・補充性

鑑定人の補助的・補充的性格について民事訴訟法における鑑定人の性格と比較すると、民事訴訟法におけるこうした性格は、刑事訴訟法におけるそれよりも、相対的に補助性・補充性が強いものと考えられる。

その一例として、鑑定人忌避の制度が挙げられる。

民事訴訟法 214 条 1 項および民事訴訟規則 130 条には、「鑑定人について誠実に鑑定をすることを妨げるべき事情があるときは、当事者は、その鑑定人が鑑定事項について陳述をする前に、これを忌避することができる。鑑定人が陳述をした場合であっても、その後に、忌避の原因が生じ、又は当事者がその原因があることを知ったときは、同様とする。」との明文規定がおかれている。この鑑定人忌避については、鑑定人が陳述したのちでも可能である。これは民訴法 24 条 1 項の「裁判の公正を妨げるべき事情」があるときに認められる裁判官の忌避と同趣旨のもので、鑑定の公正を保障するためにおかれた制度である。

現行刑事訴訟法上、このような鑑定人忌避制度は設けられていないものの、学説<sup>262</sup>および判例で、その必要性は認められている。日本において刑事鑑定人の忌避を認めたものとして、東地決昭和 35 年 9 月 27 日（下刑 4 巻 5・6 号、p597）がある。ここでは鑑定人の選定に関して、民事訴訟法 305 条が規定している鑑定人忌避制度の趣旨を考慮すべきであると判示された。これは、嘱託を受けた鑑定人が検察官の非公式の嘱託で同じ事件について同一の鑑定を行っていた事実に関して、裁判所は右鑑定人に鑑定人適格がないとしたものであった。その理由として裁判所は、一方の当事者の側にたった鑑定を過去に行った鑑定人には公平性を欠くこと、さらに鑑定人は裁判官の補助者であることを根拠に裁判官に準じた扱いをうけるべきであり、さらに民事訴訟法の鑑定人忌避制度は鑑定人の本質に由来する当然の事理であり、同様の趣旨は刑事訴訟法上にも存在することを指摘した。

民事訴訟法における鑑定に特徴的なのは、民訴法218条1項において、裁判所が必要と認めるときは、「官庁若しくは公署、外国の官庁若しくは公署又は相当の設備を有する法人」に鑑定を嘱託することができる旨定めていることである。明文で自然人以外の法人等への鑑定嘱託を規定しているが、この場合には、宣誓は排除される。このことから民訴法における鑑定人には、証人的性質が乏しいといえよう<sup>263</sup>。

これに対して、刑事訴訟法においては第1章でもみたように、大正刑事訴訟法第230条では、官公署に対する鑑定嘱託の制度が設けられていたが、現行法にこれは取り入れられなかった。官公署に対する鑑定嘱託が制度化しなかったことの背景には、鑑定人尋問を考慮して、鑑定人が当事者から鑑定の能力および鑑定の経過・内容につき尋問を受けることのできる自然人であることを要すると決断した結果である。<sup>264</sup> 刑事訴訟法の当事者主義を担保しようとした結果といえよう。

したがって、刑訴法についての鑑定人の性格は裁判所の補助的・補充的な面が主であることは変わらないにしろ、民訴法に比べるといくぶん証人的性格が強いとの評価もある<sup>265</sup>。

### ③ 鑑定人の証人性

刑事訴訟法の鑑定を、証人との差異という側面から検討すると、鑑定人は証人とは異なり代替性を有する点、さらに刑事訴訟法規則129条2項では鑑定人が複数であるときは共同報告ができること、そして福岡高判昭和28年12月25日(高判特26号、p62)にみられるように、鑑定人には補助者の使用が認められていることが挙げられる。具体的には以下の点が重要な差異とされる<sup>266</sup>。

まず、裁判所に対し特別の学識経験に属する法則またはこれを具体的事実に応用して得た意見・判断に関する報告を行うという意味における鑑定は、証拠資料、鑑定人は証拠方法と呼ばれる<sup>267</sup>。

鑑定人は、人証であり、憲法37条2項に規定された「証人」は、いわゆる証人だけでなく、被告

人に不利な証拠となり得る供述をする者の意であり、東京高判昭和28年4月20日（高判特38号、p93）はこの「証人」に鑑定人が含まれるとした。つまり、被告人の鑑定人に対する反対尋問権は憲法上保障されたものといえる。

刑事訴訟法第171条、および刑事訴訟法規則225条においては、こうした鑑定人と証人の近似的性から総則第11章「証人尋問」（法143条以下）に規定された規定を鑑定人に準用している。ここでは勾引に関する規定を除いて、証人尋問に関する規定を準用しているのである。したがって法304条、171条、および257条に基づいて鑑定人を尋問するときは、公判期日における尋問と公判期日外における尋問を問わず、検察官、被告人および弁護人は、立会権・尋問権を有する。

そもそも鑑定人と証人はその本質において、どのような差異があるのだろうか。証人は、五官の作用によって自己の直接体験した事実と、そこから推測した事項を報告する者であるのに対し<sup>268</sup>、鑑定人は体験的事実とは関係なく、特別の学識経験に属する法則またはこれを具体的事実に適用して得た判断を報告する者である。

すなわち、体験事実の報告はその者固有のものであるから、証人は非代替的であるのに対し、鑑定人は代替的である。これは召喚に応じない場合、法152条・162条では、証人に対して勾引が可能であるが、法171条において鑑定人に対してはそれが許されていないことから明らかである。

次いで、鑑定人との区別を必要とするのはいわゆる「鑑定証人」である。鑑定証人も鑑定人と近似性を有するが重大な差異を有する。法174条によれば、それが特別の学識経験によって知りえたとしても、自己の直接体験した事実を報告する者は、鑑定人ではなく証人であり、鑑定証人と呼ばれる<sup>269</sup>。例えばある事件について被害者の診察治療を担当した医師が被害者の容態や術後の経過を報告する場合がこれである。また捜査段階における鑑定受託者が鑑定の経過・結果を口頭で供述する場合も鑑定証人とされる。法156条2項では、自己の直接体験した事実から特別の学識経験によって推測した事項の供述は、「鑑定に属する」が、そのもととなった体験事実が代替性をもたないから、「証言としての効力を妨げられない」とする。鑑定証人においては、証人尋問の規定が、鑑定人の場合の「準用」とは異なり、直接に「適用」される。

### 3 「鑑定」をめぐる学説

戦後の「鑑定」をめぐる学説については特に 1960 年代以降欧米の議論が積極的に紹介され、議論の俎上に載せられてきた。

植村秀三(1956)は責任能力の判断における、裁判官と鑑定人の、いわゆる「管轄問題」について、責任能力の記述的側面と評価的側面の分析に基づき、真正精神病による精神障害の判断は「実質上鑑定人の『暗黙の』意見に全たく追従せざるを得ない」とした。<sup>270</sup>

次いで平野龍一(1958)は鑑定人忌避の制度の新設およびマサチューセッツ州のブリッグス法のよな一定の犯罪について採られる必要的鑑定制度について簡単に紹介している。<sup>271</sup>しかしながらここでは、積極的に議論されるべき問題といった扱いではなかった。

1960 年代に入ると、鑑定を巡る議論は活発に進められるようになった。臼井滋夫(1961)は鑑定の要否の問題として、記述的側面の評価は経験法則・論理法側に従って行なわれるべきであり、このような法則を無視・誤解して「不当に鑑定結果を排斥したならば、自由心証の限界を超えて経験則に違反する証拠の評価を行なったことにより、事実誤認ないし理由不備・理由齟齬の違法があることになるであろう」<sup>272</sup>と述べた。臼井は特に鑑定の要否について、ドイツのライヒスゲリヒトの判例<sup>273</sup>を引用し、「刑法が前提とする可罰行為の構成要件を実現した一般人はこの行為につき責を帰するに足る資格を有するという暫定的真実を破るものとして「根拠ある疑惑」(Begründeter Zweifel)が存在し、しかもこの根拠ある疑惑を打ち消すべき証拠が発見されぬときは無罪を言い渡すべきもの」とする見解を示した。<sup>274</sup>

さらに、鑑定結果の拘束性について井上正治(1964)は、戦後特殊事情の下で廃止されたまま現行法に移された「証拠説明省略」との関連で、裁判官は「心証を構成し得た過程を判決の中において説明しなくてはならず」、「鑑定の結果について自由心証もこの限度の制御をうけるものとみるべきである」とした。<sup>275</sup>さらに、庭山英雄(1968)は証拠説明責任について「有罪判決には、証拠

標目の表示のみでは不足、証拠内容の判示を要すると解すべきである」として、精神鑑定の結果についても刑事訴訟法 335 条 2 項の解釈から、当然に証拠内容にわたる判示が必要であると主張した。<sup>276</sup>井上(1964)<sup>277</sup>および庭山(1968)<sup>278</sup>は、鑑定の要否にかかる議論でも、当事者からの鑑定請求に裁判官が拘束されるかどうかの議論として、英米法における「証拠提出責任」(Duty of Producing Evidence)理論を採用し、当事者から提出された「一応の証拠 Prima facie evidence, Some evidence」で鑑定命令の発動の契機たりうるとしている。「証拠提出責任」は平野龍一(1957)<sup>279</sup>によって紹介されたものであるが、これを鑑定の要否の議論として再構築したのが井上と庭山であった。つまり、被告人側が一応の証拠(例えば被告人に精神病の既往症があったとの証言や医師の診断書など)を提出して鑑定申立を行っている限り、裁判所は必ず鑑定命令を下さなければならないのである。

最後に、浅田和茂(1971)<sup>280</sup>は、刑事手続における鑑定人の地位についての研究から出発し、ドイツ刑事訴訟法における鑑定制度の研究から鑑定の採否について、裁判所が鑑定人の意見を採用せず有罪を言渡す場合には常に再鑑定を必要とするとの見解を示している。

このように、鑑定の要否、鑑定の採否に関する学説については、一応の蓄積が存在し、管轄問題については昭和 57 年および 58 年決定以降さしたる議論の進展をみないまま今日に至っている。さらに刑事鑑定人選任過程(本章第 6 節)については、未だ十分に論じられているとは言い難く、鑑定手続への当事者関与は、ほとんど議論されていないのである。

## 第 2 節 鑑定手続

「鑑定」に関する規定は、刑事訴訟法および刑事訴訟規則に定められている。

実際の公判において鑑定命令が出されてから、鑑定が終了する(鑑定費用が支払われる)までの過程を以下の四段階に分類して概観<sup>281</sup>する。

## 1 第1段階:鑑定の可否の判断

まず、第1段階は刑事訴訟法第12章の鑑定に関する諸条項の適用前に生じる手続段階である。まず、裁判所が鑑定命令を行う段階、つまり刑事訴訟法165条の発動に際して、いかなる条件のもとにこれが行われるかという問題である。これは、鑑定の可否もしくは必要的鑑定に関する論点として従来から活発に議論されてきた。

鑑定命令の発動に際しては次のような手続がとられる。<sup>282</sup>

まず、原則として、鑑定命令が出されるかどうかは、裁判所の裁量で決められる。第一に鑑定という性質から、証明の対象が特別の知識経験によらなければ判断できない事項であるか否かが基準となる<sup>283</sup>。鑑定の可否に関する判断は、経験則および論理則に反するものであってはならない。

284

鑑定を必要とする事例においても、当該事実が他の証拠によって認定可能な場合、もしくは被告人が鑑定命令を行わなかったことについて争わない場合などは、鑑定の必要性がないものとして取り扱われて<sup>285</sup>。こういった事例は具体例を示すと、覚せい剤所持事件について、当該所持物件が真に覚せい剤かどうか争点となる場合、道路交通法の酒気帯び運転に際して「酒気帯び」かどうかの基準が問題となる場合、および酩酊下での犯行が疑われる場合などである。裁判例○では覚せい剤所持のような認知件数の多い犯罪に関して、その件数ゆえにそもそも科学鑑定を行うことが訴訟経済という点からいって不経済であるとの理由により捜査官が経験により判断を下すことを承認している。同様に裁判所が酩酊下での犯罪の場合について、病的酩酊下で犯した犯罪か、それとも病的酩酊に至らない単純酩酊下での犯行かを判断する際に、やはり捜査官が経験により判断を下すことを認めているものもある。これについては第3節第2項において、鑑定が行われなくとも違法ではないとされた裁判例○を検討する。

次いで裁判所の職権もしくは検察官の鑑定申請によって鑑定人を選定する過程である。裁判所は独自に、もしくは検察官の推薦により<sup>286</sup>鑑定人候補者を選任するが、実務上後者の推薦による

ことが多いとみられる。これについては、本章第6節で詳しく検討する。

## 2 第2段階:鑑定人の選任と鑑定前の手続

第2段階は鑑定前段階の手続過程のうち、刑事訴訟法もしくは刑事訴訟規則に明文の規定が設けられている段階である。

まず、裁判官は右専門家を裁判所に召喚して出頭させる((刑訴法 171 条による 150 条ないし 153 条の準用)。ここで、鑑定候補者は鑑定拒絶権の行使が可能である(法 171 条による 146 条ないし 149 条の準用)。次いで、裁判所はこの専門家に鑑定命令を伝えるが(刑訴 165 条)、精神鑑定の場合は刑訴法第 169 条の但書により、受命裁判官の権限ではないが、○受命裁判官および受託裁判官によって行なわれてもよいとする説もある<sup>287</sup>。更に、鑑定人候補者に宣誓させ(うえて(刑訴法 166 条、刑訴規則 128 条)正式に鑑定人とする。刑訴規則 128 条には、宣誓のタイミングについて、事前宣誓<sup>288</sup>を(1 項)、方式については宣誓書によること(2 項)、内容については宣誓の文言(3 項)を定めている。特にこの文言について、「良心に従って誠実に鑑定をすることを誓う」旨を明らかにすることを必要としている。これは鑑定の公平性・独立性を鑑定人の内的自律性により担保するものとして重要である。理想を述べるなら鑑定人は「専門家としての良心にのみ」従って誠実に鑑定することを誓うべきであろう。ここで行われた宣誓の効果として、右鑑定人が虚偽の鑑定を行った場合、刑法 171 条の虚偽鑑定罪の主体となりうる。これによって、鑑定の信用性が実質的に高められることになる。これに加えて、検察官および弁護人の鑑定への立会権(刑訴法 170 条)により鑑定の信用性の情況的保障が確保されている<sup>289</sup>。精神鑑定の場合、鑑定の経過及び結果は書面で報告(刑訴規則 129 条第 1 項)することが通例であるが、裁判所は鑑定人に対し、この鑑定書に記載した事項について公判期日において尋問を受けることがある旨を告げなければならない(刑訴規則 129 条第 3 項)。

ちなみに、これ以降、正当な理由なき鑑定拒絶に対しては、過料・費用賠償および罰金・拘留の

制裁が科せられる可能性が生じる(刑訴法 171 条による 160 条、161 条の準用)<sup>290</sup>。

### 3 第 3 段階: 実際の鑑定作業

第 3 段階では、実際の鑑定作業に入る。

まず裁判所は鑑定人に調査物件を渡し、必要があれば鑑定留置の手続を行い(刑訴法 167)、もしくは鑑定許可状を発して(168 条)、実際に鑑定作業を行わせる。精神鑑定の場合には、精神科施設での鑑定が行われる場合もありうる。裁判所は、必要なときには裁判所外で鑑定を行わせることができ(刑訴規則 130 条 1 項)、入院その他収容に要した費用は当該施設の管理者の請求により裁判所が支払う(刑訴規則 130 条 5 第 1 項)。

ところで、鑑定人は裁判官の補助者としての側面と、証人としての側面を有するが、鑑定人と通常の証人との相違点は鑑定人の「代替性」にある<sup>291</sup>。しかしながら、鑑定作業が終了した段階において、鑑定人は相対的に非代替的なものとなる。ここで相対的とするのは、純然たる証人の「非代替性」と鑑定作業前の鑑定人の有する「代替性」の中間のレベルがあると思われるからである。つまり、証人の証言拒否よりも鑑定人の鑑定業務拒否のほうが、手続上の不利益は小さく、さらには鑑定人の鑑定業務拒否のうちにも①鑑定人の鑑定拒否、②鑑定結果(鑑定書)提出の拒否もしくは鑑定尋問の拒否を想定した場合に、その拒否によって発生する手続上の不利益には程度差があると考えられる。当然後者は前者よりも、その不利益において小さいものである。

この段階でもう 1 つ問題となりうることは、被疑者の供述拒否権が被鑑定者の供述拒否権と同視しうるかという問題である。通常取調べにおいて、被疑者は無罪が推定され黙秘権が認められるのに対し、被鑑定者の立場に置かれたならば、かれは「犯人であることの確信」のもとで供述を求められるのである。鑑定中に被鑑定者が「犯人」でないとの心証を受けた場合に鑑定人はどのように行動することができるかについては鑑定を中止して、その旨捜査官に報告すべきとされるが<sup>292</sup>、鑑定人の心証がどのような形で被疑者の無罪証拠と評価されるかが問題となろう。



#### 4 第4段階:鑑定結果が評価される過程

第4段階は公判で鑑定結果が評価される過程である。裁判所は鑑定の結果を報告させなければならない(刑訴規則129条第1項)。鑑定書が「真正に作成されたもの」であれば、これに証拠能力が与えられ(刑訴法321条4項)、証明力を評価する過程に移行する。裁判所は、公判期日において、真正に作成した旨を供述させて朗読(必要であれば展示)をさせる方法(刑訴規則219条1項)により鑑定の証拠調べを行う。必要な場合には、裁判所は鑑定事項に関して鑑定人尋問を行なうことができる(刑訴法304条の2項)。証拠調べが終了すると、裁判所は鑑定結果を評価する。ここにおいて、鑑定内容を参考とするか否かについても、鑑定の要否と同様、裁判官の自由な心証(刑訴法318条)により判断しうる事項であるとされるが、鑑定の要否と同じく、近時自由心証への合理的控制が議論されている。これについては「第3項 鑑定の採否」において検討する。

なお、鑑定が被告人の犯行当時の精神状態を識るうえで不充分と考える場合には、鑑定人本人または他の専門家に再鑑定を命じ、一連の鑑定手続を繰り返すこととなる。

鑑定人に対しては、あらかじめあるいは事後に、必要経費他に鑑定料(費用法7条)が支払われる。鑑定料は「訴訟費用の範囲」に含められ(費用法2条)、有罪被告人は原則としてこれを負担しなければならない(刑訴法181条)が、これは付加刑であるとの批判を受けており、有罪・無罪にかかわらず国庫の負担とするのが相当であると思われる<sup>293</sup>。

#### 第3節 鑑定の要否

以上、鑑定命令が出されてから鑑定の実質的手続が終了するまでの過程を概観する中でも数多くの論点を見出した。一連の過程の中で、特に裁判官の自由心証との関連で従来から問題とされてきたのは、鑑定の要否および鑑定の採否に関してであった。

鑑定の要否については、当事者主義の要請という観点から、様々な方途が議論されてきた。し

かしながら、未だ議論の余地があるのは鑑定の採否の問題である。そして、従来、鑑定の採否を決するのは、鑑定の内部要因（鑑定資料・鑑定の綿密さ等）の視点から構成されてきた。しかしながら、ここにおいては、既に検討したように、鑑定人が本来的に持つ中立性・公平性により、鑑定が鑑定結果採否の判断を拘束する力〇を持ちうるのではないかと考えるのである。

何によって鑑定の拘束性が排斥され、何によってその信頼性・正確性が担保され、拘束性が補強されうるのかについて検討したい。

## 第1項 鑑定の要否

鑑定の要否に関する裁判所の見解は一貫している。

①東高判昭和29年11月16日（東高刑時報五巻11号、p.433）では、以下の理由で鑑定なく当該物件が覚せい剤であると認定してよいとした。第一に原審では訴訟当事者がアンプルの中身が覚せい剤であることについて争わなかったこと、第二に証人の証言だけで科学鑑定が行われていないが、これだけでも一応認められるうえに、さらに第三の理由として、被告人が当該アンプルの中身が覚せい剤でなかったことを反証していないことがその理由であった。

②東高判昭和29年10月13日（東高刑時報5巻10号、p.404）では、傷害窃盗事件について、被告人が飲酒の上での犯行であるとの主張が行われたのに対し、裁判所は、病的酩酊であったかどうかの認定について原則鑑定が必要であることを認めながら、「被告人の逮捕時の言動等」から病的酩酊ではなかったとしたことについて不備はないと判示している。

③名古屋高判昭和30年4月28日（高刑特2巻10号、p.445）

覚せい剤所持について、当該物件が覚せい剤であるかどうかについて、「つねに科学鑑定が必要なのではなく、判断が合理的と認められる限り関係者の供述等を資料として覚せい剤として認定してもよい」と解した。ここでも反証がない限り売買されたものが覚せい剤であると認定している。

④最判昭和 31 年 10 月 23 日(裁判集刑 115 号、p.131)

覚せい剤取締法違反被告事件について、弁護人側から、検挙当時覚せい剤が存在しなかったこと、本人の自白以外に証拠がないことが主張されたことについて、裁判所は次の理由から裁判所は経験則違反ではないとした。その第 1 点目は、補強証拠が存在すること、第 2 点目として原則として鑑定によらなければいけないものの、覚せい剤のような常に大量の違反者がいるような事件では必ずしも専門家の鑑定を必要としないとしたのである。

ここでいう補強証拠とは第一に、被告人は製薬会社の社長であり「ちょっと見ただけで取引されていたものが覚せい剤であることはわかる」旨供述しており、第二に証人が被告人から買い受けたものは、細密の検査をし、経験則からも覚せい剤に違いないという趣旨の供述をし、第三に過去に被告人から数回覚せい剤を購入したという証言である。

⑤最判昭和 32 年 12 月 10 日(裁判所時報 247 号、p.12、新聞 85 号、p.7)

本判決は麻薬取締法違反事件であるが、ここにおいても、「麻薬成分の有無は原則として鑑定によるべきである」としながら、「その含有について争がなく、他の証拠で認められる以上、必ずしも専門家の鑑定による必要はない」として、訴訟当事者に争いがなく、鑑定以外の高度の信用性を有する証拠によって該事実が認められる、そしてこれに反する証拠がない、といった場合に専門家の鑑定を必要としない最三小判昭和 31 年 10 月 23 日とほぼ同様の見解を示している。

⑥東高判昭和 38 年 3 月 26 日(判タ 145、p.60、判例時報 337 号、p.48、東高刑時報 14 巻 3 号、p.45、安西温・警察時報 18 巻 12 号、p.49)

道路交通法違反等被告事件であるが、酒気帯び運転を認定する際に、運転者のアルコール保有量の科学的測定の要否が争われた事案である。道路交通法施行令 27 条所定の「酒気を帯びたアルコールの程度」は鑑定を要するかどうかについて、これは捜査官の経験則で足りるとし、必ずし

も鑑定を必要としないとした。本事案は特に酩酊度合いの観察について、旧法の外観的観察のみで足りるとしており、大正刑事訴訟法下の実務を踏襲したものと考えられる。

⑦山形地米沢支判昭和 37 年 3 月 20 日(下刑 4 巻 3・4 号、p.240、安西温・警察時報 18 巻 12 号、p.47)

これは道路交通法違反、業務上過失傷害事件である。本事案において検察は、被告人の飲酒量から実験則で規定値以上のアルコールが検出される可能性を主張しているが、裁判所はこれを退け、「酒気帯び運転を認定するには、運転者のアルコール保有量の科学的判定を基礎にしなければならない」旨判示した。

⑧東高判昭和 54 年 8 月 30 日(東高刑時報 30 巻 8 号、p.119)

覚せい剤取締法違反被告事件において、被告人が常習者であること、覚せい剤と推定される物件の形状、常習者の供述、同一の販売元から販売されたものが覚せい剤であったか否か、物件の取引価格等から鑑定なしで当該物件を覚せい剤と認めたものである。

## 第 2 項 精神鑑定の要否

次いで精神鑑定の要否については次のような見解が示されている。

① 大判昭和 7 年 5 月 2 日(新聞 3413 号、p.15、評論全集 21 巻刑訴、p.105)

これは、裁判所が犯人の精神状態を判断するには、必ずしも鑑定を必要としないとした最も古い判例である。既に第 1 章でも検討したように、大正刑事訴訟法下において鑑定は公判において大きな影響力を持っており<sup>294</sup>、これがそもそも精神鑑定を行わないことにより、あらかじめその拘束性を排除しようとする証左とも理解できる。

- ② 最判昭和 23 年 7 月 6 日(刑集 2 卷 8 号 785、裁判集刑 3 号、p.23、小野清一郎、警研 21 卷 4 号、p.52)

本判決は、傷害致死被告事件において、被告人が犯行時に酩酊状態にあったかどうかという精神状態の認定と鑑定等の要否について、「裁判所が、人の精神状態を認定するには、必ずしも専門家の鑑定等による必要はなく、他の証拠によつても差支えない」とした。さらに証拠説明についても「裁判所は人の精神状態を認定するのに必ずしも専門家の鑑定等による必要なく他の証拠によつて認定しても差支ない、而して心神耗弱とか心神喪失とかいうことは刑事訴訟法第 360 条にいう処の罪となるべき事実ではないからこれを認定した証拠の説明をする必要はない、所論は畢竟原審の適法な証拠調の限度事実の認定に関する専権行使を批難するもので上告の理由とならない」としてこれを否定した。

- ③最判昭和 23 年 11 月 17 日(集 2 卷 12 号、p.1588)

強盗住居侵入被告事件において「裁判所が事件を審理した結果、被告人の供述、行動、態度その他一切の資料によって被告人本人について精神異常の疑がないと判断し、その判断が経験則に反しない以上、その判断を以って違法であるということとはできないのであつて、被告人の近親者に相当多数の精神異常者があるという一事によつて、直ちにその判断が経験則に反すると論断することはできない。」と判示した。

ここで、「近親者に相当多数の精神障害者」が存在したという事実をもって、裁判官が鑑定命令を行う義務があると解するかどうかの判断が問題であるが、当事者主義的要請からはこれをもって必要的鑑定がとられることが望ましいであろう。

- ④最判.昭和 23 年 12 月 11 日(刑集 2 卷 13 号 p.1735、裁判集刑 6 号、p.181)

傷害暴行被告事件において、「酩酊の上の犯行であつても、その酩酊の程度が心神喪失の程度に達していたかどうかについては、必ずしも精神鑑定による必要はなく、犯行当時における被告人

の動静及び被害顛末に関する被害者等の供述によつて、これを認定しても差支えない」とした。

⑤最判.昭和 23 年 12 月 24 日(刑集 2 卷 14 号、p.1883、裁判集刑 6 号、p.461)

この強盜被告事件において、精神鑑定の請求と刑訴第 360 条第 2 項の主張の関連および「精神病者」の証言を証拠に採る場合と採証の法則について争われた。被告人の弁護人は原審の公判において、「被告人の精神状態を明かにするために精神鑑定その他証拠調の請求をしたことは認められるが、これら証拠調の請求自体は被告人の精神状態の健否を明かにするための請求に過ぎないのであるから、それだけでは被告人が本件犯行当時に心神喪失者若しくは心神耗弱者等であつたことの事実上の主張がなされたものとは言うことができない」とした。そのうえで、「そして他には右のような事実上の主張がなされたことを認むべき事跡もないのであるから、原審が刑事訴訟法第 360 条第 2 項の判断を示さなかつたのは当然」とされ、これについて違法はないとされた。さらに続けて「証拠調の限度は原審の自由裁量によって決するのであるから、原審が鑑定の請求を却下したからとて所論のような違法はなく論旨は理由がない。」として依然として鑑定の採否について裁判官の自由心証を固持し続けたものである。

⑥最判昭和 24 年 5 月 7 日(刑集 3 卷 6 号、p.699、裁判集刑 10 号、p.15)

強盜殺人被告事件において、被告人に梅毒の症状があり、また「その血族の 1 人に狂人があつた」旨、弁護人から主張されたが、裁判所は、「被告人の公判廷における供述並びに供述の態度、訴訟記録その他弁論の全趣旨から被告人に精神の異状がないと確信した以上、たとえ被告人に梅毒の症状があり、又その血族の 1 人に狂人があつたからといつて、被告人の精神鑑定をしなければならぬというものではない」と判示した。「事実裁判所は法令に別段の規定のある場合の外自由に証拠調の限度を定め得る」とも明示された。進行性麻痺を疑わなかつたのか疑問である。

⑦最判昭和 25 年 1 月 13 日(刑集 4 卷 1 号、p.12、裁時 51 号、p.4、裁判集刑 16 号、p.31)

窃盗被告事件において、被告人の精神状態の判断と経験則について、裁判所は「裁判官が公判廷における被告人の供述態度等を仔細に注意し、且つ、証人の証言等他の資料と相俟つて、犯行当時の被告人の精神状態に異常のなかつたものとの心証を構成し得る場合においては、たとえ被告人に精神分裂の既往症並びに犯行後に同様の医師の診断があつたとしても、叙上裁判所の心証判断をもつて直ちに経験則違反の不法あるものとはいひ得ない」とした。

これは、精神病既往歴があり犯行後に精神科医の診断があつたにもかかわらず、公判で鑑定をしなかつた事例である。

⑧最判.昭和 25 年 6 月 21 日(刑集 4 巻 6 号 p.1045、裁判集刑 18 号、p.283)

強盗未遂被告事件において、裁判所が、「被告人の公判廷における供述並びに供述の態度、訴訟記録その他弁論の全趣旨により、被告人に精神の異状はないと認めた以上は、ことさらに精神鑑定を命ずる必要はない」とした。

これは、自殺念慮からの犯行にもかかわらず、精神鑑定が排除された事例である。ここで鑑定命令が行われなかつたことについて「近親者に頭の悪いものはいないとの本人の供述」が根拠になっている。

⑨仙台高判.昭和 28 年 12 月 16 日(判特 35 号、p.83)

窃盗事件において、知的障害をもつた被告人に対して、「被告人の精神状態を判断するには、必ずしも鑑定によることを要しない」とした旧法下での判例である。

⑩東高判.昭和 29 年 10 月 13 日(東高刑時報 5 巻 10 号、p.404)

これも⑨条と同じく、飲酒の上での傷害窃盗について「被告人の精神状態を判断するには、必ずしも鑑定によることを要しない」としたものである。原則鑑定を認めながら、被告人の逮捕時の言動等から病的酩酊ではなかつたとしたことについて不備はないとしている。これは鑑定の採否でも

検討するが、弁護人の提出した医師の診断書は、刑事訴訟法に基づく鑑定書ではない上に、何を資料として作成されたかが不明確なこと、さらに、一般論(常識的見解)以上のことを言っていないとして退けられ、必要的鑑定を命じる契機にすらならなかった。

⑪東京高判.昭和 32 年 3 月 5 日(東高刑時報 8 卷 3 号、p.40)

連続放火被告事件において、弁護士が性格異常者で心神耗弱であったことを主張したことに対して、母親の証言や原審での裁判官とのやりとりの中で「連続して放火しているからといって、精神医師の鑑定をまたなければその精神状態を判断できないことはない」とした。

⑫宇都宮地判.昭和 40 年 3 月 9 日(下刑 7 卷 3 号、p.357)

酒酔い運転による重過失致傷等につき、病的酩酊の結果生じた疑いがありまた責任能力の存在についての証明がないとして無罪を言い渡した事例である。「犯行 4、50 分後において事態の追想が不能であり、病的酩酊の可能性があるときは、心神喪失とみる外はない」とした判決。裁判所は「被告人の本件行為時の責任能力については心神喪失であつたのではないかと合理的な疑の余地があるものであり、この疑問は前掲被告人の供述調書 2 通を含む検察官挙示の全証拠を検討しても払拭し切れないので検察官の立証をもつては、被告人の当時の責任能力が正常人と同一か少なくとも心神耗弱の程度に止まっていたものとの立証が不十分ということに帰着し、結局犯罪の証明が十分でないので、刑事訴訟法第 336 条により無罪の宣告をすべきものである。」と裁判所は精神障害の「合理的疑い」をもって心神喪失とした。

### 第 3 項 小括

以上のように鑑定の要否も精神鑑定の要否も当然のことながら裁判官の裁量とされている裁判所の見解は一貫している。特に精神鑑定の要否については、責任能力の有無程度が



責任阻却事由となりうることから、当事者からの鑑定申請といった契機から鑑定が存在しなくても「合理的疑い」があるとして被告人の利益たりうる決定がなされていることは肯定的に評価できる。しかし鑑定命令発動について明文規定を持たないことはそれによる不利益の方が思われる。つまり当事者が鑑定命令の発動に際し主体的に関与しうる、例えば鑑定請求却下に対して裁判官が必要的に説明する義務を負わせる等の手続、つまりは鑑定手続への「当事者関与」を保障する必要があるのではなかろうか。これについては第2部において詳細に検討する。

#### 第4節 鑑定の採否

手続上適正に行われた鑑定結果に裁判官が拘束されるかどうかについて、鑑定書も証拠方法の1つである以上、刑訴法318条により、その証明力の評価は裁判官の自由な心証に委ねられる。しかしながら、自由心証主義は裁判官の恣意的判断を許す意義で掲げられるものではなく、自由心証であってもその判断は合理的でなければならず、かつ、経験則に反するものであってはならない。最判昭和26年8月1日(刑集5巻9号、p.1684)はこの点につき「その自由裁量たるや、合理的判断にもとづくものでなければならず、経験則に反するものであってはならないことは勿論である」としている。

つまり「自由というのは形式的な法律的拘束からの自由を意味するにとどまり、裁判官の恣意を許すものではな」<sup>295</sup>くまた、経験則とは科学的な経験法則であるとされる<sup>296</sup>ことから、鑑定結果の裁判官の自由心証に対する拘束性を認められる前提が存在するとはいえ、さらには裁判官の自由心証主義の客観化も現代的な展開として有力である。<sup>297</sup>

## 第6節 鑑定人選任制度

### 1 刑事手続における現在の状況

日本において鑑定人を求めるさいには、(1)裁判所内部での情報により、もしくは(2)大学・研究所等の機関に適任者の照会を求めることにより、(3)当事者が鑑定申請と同時に鑑定人として適任と思われる専門家を推薦する、という方式が一般的である。(1)については、実際には、最高裁事務総局刑事局によって、執務資料として数年おきに発刊されている『刑事事件鑑定事例集・鑑定人名簿』が活用されているようである。ここには、鑑定事例、担当した鑑定人を整理したものであり、鑑定人は医学(法医学、精神・神経科等)、薬学、心理学、工学、物理学、化学など、それぞれの専門領域別に分類されている。<sup>298</sup>

また、2004年には、心神喪失者医療観察法施行へ向けての準備として、鑑定医選任のために、厚生労働省主導で鑑定医リストの作成が進められている。これは、全国の精神保健判定医に同法に基づく鑑定医としての協力を要請し、地方厚生局が都道府県の協力を得ながら2004年9月完成を目標としている。

右リストに登載される要件については特に定めがなく、医師会の協力により適任とされる精神保健判定医に依頼をかけリストへの掲載同意を要請しているようである。

これは特に鑑定人となることに社会的地位なり特権が認められたフランスの社会状況と比較して、鑑定業務自体を敬遠する風潮が影響しているといった相違が指摘しうる。

このような刑事法関連領域での鑑定人リスト作成の動向と比して、民事裁判の特に医療過誤訴訟のための鑑定人選任制度への取り組みは鑑定人の専門性等を確保した学会全体でその正確性を担保しようとする試みであり興味深い。刑事裁判と民事裁判の違い、および民事の医療過誤訴訟の特殊性を考慮してもなお示唆的である。

### 2 民事医療過誤訴訟の鑑定人選任制度

民事訴訟における科学鑑定人について、田辺公三(1965)<sup>299</sup>は「現在もっとも真剣に考えられるべきことは、鑑定の内容の採否ということだけでなく、いかにすればもっとも信頼し得る鑑定人を、もっとも公正な方法で選任し得るか、という制度ないし方法の問題である。」とした。特に医療過誤訴訟における鑑定人の確保の困難<sup>300</sup>や、鑑定人の中立性、そして裁判の迅速性を担保すべく鑑定人候補者の制度化の提言<sup>301</sup>は繰り返しなされた。特に候補者をリスト化する作業について、「鑑定人の中立性という要請から、当事者双方の合意による場合はともかく、一方からのみの推薦の場合には、注意する必要があるとの指摘が正当にもなされている。適切な鑑定人の把握は、鑑定人候補者リストの作成など、裁判所側の努力で克服されるべきものである」<sup>302</sup>と、特に裁判所が作成することの意義が唱えられた。

母義夫「民事訴訟における鑑定人の忌避について」<sup>303</sup>では、民事手続における鑑定人忌避制度の運用と限界が示されており、鑑定人忌避制度は、事実審における「鑑定人」の適格性を担保し、さらに「鑑定」の拘束性を補強するものとして鑑定の形式的信用性を保証するものであるが、実質的な信用性を保証するにはなお不十分であることが示されている。

とりわけ、このような問題状況が先鋭化するのは公害病・医療過誤訴訟であり、これが司法制度改革の一課題として論じられるようになったのは、2001年6月から設置された政府の司法制度改革審議会の同年月12日付の意見書<sup>304</sup>においてであった。

同意見書において、「国民の期待に応える司法制度」として、具体的には以下の九項目についての提言が示された。つまり、①「民事裁判の充実・迅速化」、②「専門的知見を要する事件への対応強化」、③「知的財産権関係事件への総合的な対応強化」、④「労働関係事件への総合的な対応強化」、また人事訴訟等の家庭裁判所への一本化や簡易裁判所の管轄拡大、少額訴訟手続の上限の大幅引上げを具体的内容とする⑤「家庭裁判所・簡易裁判所の機能の充実」、「権利実現

の実効性確保」としての⑥「民事執行制度の強化」、またその前提ともいえるべき「利用者の費用負担の軽減」などの裁判所の利便性を向上させるための具体的方策を示した⑦「裁判所へのアクセスの拡充」、⑧「裁判外の紛争解決手段(ADR)の拡充・活性化」、そして行政訴訟制度の実効的な再構築を目的とする⑨「司法の行政に対するチェック機能の強化」がそれである。

このなかで、「専門的知見を要する事件への対応強化」として、「専門的知見を要する事件の審理期間をおおむね半減すること」が目標とされ、以下の方策が提言として示された。第一に「各種専門領域における非法曹の専門家が、専門委員として、その分野の専門技術的見地から、裁判の全部又は一部に関与し、裁判官をサポートする新たな訴訟手続への参加制度(専門委員制度)については、裁判所の中立・公平性を確保することなどに十分配慮しつつ、それぞれの専門性の種類に応じて個別に導入の在り方を検討すべきである。」こと、第二に「鑑定制度を改善すべきである。」こと、そして第三に「法曹の専門性を強化すべきである」ことが検討の対象とされるべきであるとされたのである。

具体的には、第一の専門委員制度の導入とは、第二の提言に先立ち、従来の専門家から存在する専門家の手続参加である、「鑑定」以前に、積極的な専門家の手続参加を目指すものでありながら、現行法上も問題とされる専門家の公平性・中立性をいかに確保するかが課題とされている。同意見書では、現行民事訴訟手続において「専門家を活用する方策としては、鑑定、裁判所調査官の制度があるに過ぎず、専門家関与の形態は限定的である」として、「専門的知見を要する訴訟では、手続の早い段階から専門家の関与を得ることが望ましい」としたうえで、各種専門領域における「非法曹の専門家」が、専門委員として、その分野の専門技術的見地から、裁判の全部又は一部に関与し、裁判官を補助する新たな訴訟手続への参加制度を創設、導入すべきであるとするものである。こうした専門委員の機能は、争点整理のサポート、和解の担当・補助、専門的知見を要する問題点に関する調査・意見陳述、証拠調べへの関与といった、幅広い役割を想定されており、その役割の広

さから、「選任方法や手続への関与の在り方等の点で裁判所の中立・公平性を損なうことのないよう十分配慮しつつ（例えば、手続を透明化するなど）、それぞれの専門性の種類に応じて個別に導入の在り方を検討すべきである。」として、専門家の中立かつ公平な裁判への関与のために、専門家選任過程の手続化、透明化がその要件として挙げられている。特に、医事関係事件への右制度の導入については、当事者（患者側・医師側）の双方から見て、「公正・中立といえる専門家を確保できるのか、専門委員が裁判官の心証形成過程に不透明な形で影響を及ぼすのではないかなど」という問題点が指摘されていることを十分踏まえて検討する必要がある」として、専門家選任以前に、人的資源の確保の問題と、専門家関与の負の影響も同時に指摘されている。

次いで、「鑑定制度の改善」とは、「専門的知見を要する訴訟の充実・迅速化を図るには、伝統的制度である鑑定の活用が不可欠である」点をあらためて指摘しながら、「実務上その事件に適切な鑑定人を見だし、鑑定を引き受けてもらうことが困難」という実務上の問題点と、「鑑定を引き受けてもらえたとしても、鑑定に長期間を要し、それがしばしば訴訟の遅延の原因となっている」運用上の問題点を指摘しながら、①鑑定人名簿の整備、②専門家団体との連携、③最高裁判所において準備を進めている医事関係訴訟委員会、建築関係訴訟委員会の新設など、裁判所と専門家団体の連携を基盤とした新たな鑑定人選任制度の創設を中核とする鑑定制度の改善を内容とするものであり、後述の「鑑定人学会推薦制度」創設への試みにつながった。

また、第三の「法曹の専門性強化」は、右のような専門家の司法手続参加だけではなく、法曹の専門性を強化すべきとするものであった。具体的には、「弁護士事務所の法人化・共同化、裁判所における専門部・集中部の拡充、法曹養成制度の改革、法曹の継続教育の充実」を図ることにより、裁判の迅速化を実現する企図であった。

この背景には、「科学技術の革新、社会・経済関係の高度化・国際化」が指摘され、民事紛争のなかでも、その解決のために「専門的知見を要する事件（知的財産権関係事件、医事関係事件、

建築関係事件、金融関係事件等)」が手続の適正と迅速化に関して大きな障害となっていることが、1960 年段階で同様の問題が指摘された当時よりも、より深刻な問題として検討の対象となったことが看取できる。ただし、当時指摘された事実審理の適正化が主目的ではなく、あくまでも裁判の迅速化を目的として設定している点が注意を要する。

このような意見書を受けて、最高裁判所は2001年7月に内部に鑑定人の迅速な選定を目的とした「医事関係訴訟委員会」を設置、10月から、専門学会を通じて医療過誤訴訟の鑑定人を推薦させる鑑定人選任システムを開始した。一例を挙げると、日本循環器学会は、2001年に最高裁判所医事関係訴訟委員会からの依頼を受けて、鑑定人学会推薦を開始したが、そのプロセスは以下のようなになる。まず、①医療過誤裁判を受けて、地裁もしくは高裁から最高裁判所の医事関係訴訟委員会宛てに鑑定人候補者の推薦依頼が出され、②民事医療過誤事件の鑑定人推薦依頼が最高裁判所より学会に送られると、内部の医療倫理委員会の各委員が候補者を選定する。その際に②各委員は裁判事案書類を検討し、簡単な意見をまとめ、同時に各委員は当該事案に適した専門家を意見人候補者(2、3名)、および鑑定人候補者(2、3名)として選定し委員会に報告する。さらに、医療倫理委員会委員長は③鑑定人候補者リストを作成する。具体的には、委員長は各委員からの意見をまとめて委員会としての統一見解を出し、その際に意見人(2、3名)と3名程度の鑑定候補者に順位をつけリストにする。そして、③学会事務局が意見人候補者に意見依頼書を添えて裁判事案書類を送付し、各意見書が揃った段階で、鑑定人候補者に裁判事案書類、本委員会の意見書と意見人からの意見書を添えて依頼する。この段階で鑑定人候補者から内諾が得られない場合は、次の候補者に依頼する。そのうえで、④1名の鑑定人候補者を最高裁判所医事関係訴訟委員会へ推薦する。

以上が日本循環器学会の鑑定推薦制度であるが、学会ごとに鑑定推薦制度を置いており、意見人制度を置かないものもみられる。

このような学会推薦制度は、専門性の高い鑑定人を専門家職業集団内部で選任し、確保しうる

点で非常に優れている。高度に専門性を有する鑑定人を確保するのに優れた制度といえよう。日本医師会の下位団体として、自律性を備えた職業集団の公平性を基盤とする選定はそのまま公平な鑑定人を選任する前提となりうる。

しかしながら他方で、学会内部の派閥等の動的な関係に左右されやすく、真に自発的な鑑定を行いうるか疑問である上、上記循環器学会のような意見人制度を採ることが、客観的な正確性を一定程度確保しうるかもしれないが、鑑定制度の本来の意義を滅殺するおそれも生じうる。つまり適正な方法で選任された鑑定人以外の意見に鑑定人が影響を受けることは好ましからざる事態といえてよい。

### 3 小括

以上、日本における刑事・民事領域での鑑定人選任制度の現状を検討した。第2章において詳細に検討するがフランスにおいては、鑑定人に選任されることの利益から、自発的な立候補による鑑定人を確保することができる点で、わが国と大きく異なった状況にあるといえる。また、そうした鑑定人の資格・年齢・規則違反の際の懲戒処分、特権が、各種法令において規定されており、その登録の際の検定や登録方法についても、厳しく手続化されているのである。つまり、鑑定人名簿登録段階で専門家はその能力や経験、素質等について厳しく検査していることから、安定的に、質の高い鑑定人が確保され得るのである。

それに対して、日本では医師が鑑定業務を回避し、鑑定人を確保しにくい現状から、刑事では同一の鑑定人による鑑定が頻繁に行われており、その弊害もしばしば指摘されるところである。同様の問題状況から民事では鑑定人学会推薦制度が提唱された点、民事領域における対応には、刑事領域におけるそれよりも先んじているといえよう。

しかしながらこのような現状刑事領域での鑑定人選定にかかる問題への対応も若干の進展がみられるようになっている。心神喪失者観察法における精神鑑定医リストに現段階で300人程度の精神科医が登録されており、本リストが地裁・高裁段階での鑑定人選定に生かされる可能性は前向きに評価してもよいだろう。しかしこれによって鑑定人の公平性が担保されるかどうかについてはさらなる制度的検証と修正への取り組みが必要である。

鑑定の公平性を消極的に担保する方策としては、鑑定人忌避制度判例の明文化が必要であるが、やはり鑑定の公平性を積極的に担保する方策とは、高度な専門性・公平性を有した鑑定人の安定的確保に外ならない。

現行の制度をさらに先に進めた、刑事訴訟鑑定人推薦制度が必要であり、数年おきの鑑定人への検定システムや専門家による鑑定人のチェックシステムなど検討されてしかるべきであ。

## 第7節 本章のまとめ

以上検討したように、自由心証主義の合理的控制のために鑑定の正確性・信頼性・公平性は裁判官への拘束性を保障しうる強力な控制原理となりうるが、それは「あるべき鑑定」の副次的結果であるにすぎない。逆に不適切な鑑定によってこうした控制機能が実現することが如何に無意味であるかを考えれば自ずと明確になるであろう。鑑定の要否・鑑定の採否といった鑑定の重要な論点は、結局のところ「あるべき鑑定」が実現した後に議論が可能なのである。

これを再鑑定で担保する方法も1つには考えられるが、ここで付言したいのは手続きの遅滞に伴う被告人の精神的負担である。

精神障害を持った被告人が右状況下に長期にわたっておかれることは想像を超えた苦痛であり極めて非人間的な処遇である。



本稿において明らかになったことをここで確認する。

第1章では歴史的記述的方法をとりながら、「鑑定」をめぐる諸制度の展開を検討した。主たる問題点の抽出は先にも述べたようにこの歴史的研究の中で行った。その中でまず「あるべき精神鑑定」の前提となるのは触法精神障害者処遇である。この精神障害者処遇が如何に社会情勢に左右されやすいものであったかを明らかにし、触法行為を行った精神障害者処遇には一段厳格な手続と人権侵害を最小限に食い止める環境整備が必要であるという見解を確認した。そのために必要なものは触法精神障害者関連法規を人権保護法として精錬することと併せて、触法精神障害者が裁かれ処遇を受ける客体として捉えられるだけでなく、主体として手続に組み込まれることが必要であるとの見解に至った。

また次いで鑑定人の自律性こそが、鑑定の客観性の重要な要件であるとの結論に至った。そしてその自律性が何によって担保されるのかという問題が新たに提起される。鑑定人の自律性は、専門家および専門家集団がいかなる外部権力からの拘束も受けず自らの専門家としての良心にのみ基づき行動し発言することを内容とする。しかしながら、それは専門家個人ないしは集団の自治権を理由としている限り外部からの監視を許さないという問題点がある。自律的であるがゆえに、その自律性が保たれているかどうかは自律性の内部に解消されてしまうのである。

それでは、外部から鑑定人の自律性を保障するものは何かという問題が次いで提起される。これが、鑑定人選任段階の手続化である。鑑定人選任手続を規範化し、中立な鑑定人を選択しうる(もしくは中立的でないと思われる鑑定人の選任に異議を申し立てる)手続の保障が不可欠となるのである。これに関しては、フランス刑事訴訟法における鑑定法規定の検証が参考となろう。

次いで第2章では、近時の「鑑定」をめぐる諸制度の展開を検証したうえで、そこで議論されたことだけでなく、議論されなかったことにも重要性を見出した。既に述べたように自由心証主義への合理的制御となりうる鑑定は理想ではあるものの、それが鑑定の理想的なありかたの全てではない。むしろこうした合理的制御は「鑑定の客観性」を保障する努力の中で副次的に実現するものであり、

先に述べた歴史的の研究の中で見出した鑑定人の自律性の保障に加えて、「鑑定手続への当事者関与」を保障する法制度が必要であると考えた。

こうした本稿の結論を受けて、次なる Discussion Paper DP-2010-J-004 ではフランスにおける鑑定手続を概観したのち、鑑定人の自律性を保障するものとして鑑定人選任手続(鑑定人名簿制度)の実際を概観した。さらにそうした鑑定人の自立性を保障し「鑑定の客観性」を担保するものとして展開されたフランス刑事訴訟法典編纂段階の「鑑定の対審化」議論をベッソン報告から検討し、その「対審化」の議論と並んで「鑑定の客観性」を実現するために意識的に導入されたのが当事者の関与を保障する綿密な手続規定であった。しかしこの当事者の関与の実現にも近時、大きな制限を課すようになる。つまり刑事訴訟法典 802 条に手続無効について当事者の利益が侵害された場合といった要件がおかれることにより、再審請求、異議申立て、そして抗告権が十全に認められた鑑定法下では、こうした諸権利が存在することを理由として当事者の利益侵害を否定する根拠とされているのである。当事者関与のための手続が逆に当事者関与を規定するフランス鑑定法を制限していく論理矛盾が現段階でのフランス鑑定法の限界であろう。

最後に、これまで論じられてきた①鑑定の要否、②鑑定の採否、③鑑定の拘束性、④鑑定の科学性、といった論点と、本稿で提起した鑑定人の⑤自律性の保障と⑥当事者の関与、および⑦人道的処遇の保障が、「あるべき鑑定」を実現する為の要件として、それぞれがどのような位置づけにあるのかを整理したい。

「あるべき鑑定」とは鑑定の客観性が保障されているという条件と、鑑定結果が人道的処遇を予定しているという前提条件下にあってはじめて実現するものである。ここで最も重要なことは処遇の合法性・正当性・人道性が刑法の責任主義に基づいて鑑定を行う前提として最もその適正性を問われなければならないという視点である。

その上で鑑定の客観性は、鑑定人の自律性と当事者関与が実現して初めて保障されるといえる。この鑑定人の自立性と当事者関与が二本の柱である。

そして鑑定人の自律性を保障する要件は鑑定人となりうる専門家および専門家集団の自立性の保障と「鑑定人選任段階の手續化・可視化」であり、当事者関与を保障する要件は鑑定が対審構造を持つという前提と、鑑定の要否および採否に関する裁判官の意思決定に主体的に関わることの手續上の保障を内容とする。具体的には当事者からの鑑定請求および再鑑定請求権が確保され、またそれが退けられる場合にはその理由を知ることができ、また鑑定に関するあらゆる情報を知り、鑑定結果への不服申立の機会とそれに対する抗告権が認められ、また当該鑑定結果が当事者の有罪無罪が確定される際の証拠として用いられなかった場合には裁判官の証拠説明により証拠不採用の理由を知ることができるならば、当事者関与が十分に保障されているといつてよいであろう。このような要件をみたしてはじめて「あるべき鑑定」は実現し、客観的な鑑定が行われたと評価しうる。そうして行われた鑑定は一次的には公正な裁判を実現し、副次的に裁判官の自由心証主義への合理的制御という機能をもって、公正な裁判にフィードバックしその恒常性に資するものとなるのである。

したがって鑑定の要否、鑑定の採否は当事者関与という視点で再度議論する余地があるといえる。さらに鑑定の拘束性は、昭和57年および58年決定にみられるコンベンションの否定によって裁判官と鑑定人の共同作業の余地を一定否定したものとしてその議論にひとまずの終止符が打たれ、最判平成20年4月25日により劇的な解決を遂げたとする楽観論が通説といえる。しかし、これは古典的問題設定によるものであり、拘束性の議論はむしろ裁判官による鑑定結果の採用・不採用への当事者からの異議申立を認めるや否やの議論として再構築する余地がある。ここにおいて鑑定の科学性は鑑定の拘束性の量定のために用いられる概念となりうるかどうかが残された課題である。裁判官の証拠説明責任についても、再度議論されなければならない。

残された問題として更に挙げられるのは、DP-2010-J-004 で扱う鑑定人選任過程の可視化だけ

でなく、精神鑑定を性格証拠として量刑に影響させることの可否、また国際法と鑑定制度の関係である。特に国際法上の専門家の司法共助の問題を考えるにあたっては、「鑑定」概念の更なる抽象化が必要である。異なる複数の法文化において、専門家の裁判参加がどのような性質をもち、つまりは expertise により「誰が何を知りたがっているのか」という普遍的な命題に接近するプロセスで、このような国際法による鑑定手続適正化の方途も開かれると考える。

<sup>1</sup> 例えば青木紀博「責任能力の鑑定(一)」、56 頁。

<sup>2</sup> 白井滋夫「鑑定に対する法的評価」、25 頁。

<sup>3</sup> 池見猛『精神障害性犯罪の刑事学的研究』参照。

<sup>4</sup> 池見猛『精神障害性犯罪の刑事責任』参照。

<sup>5</sup> 加藤久雄「わが国における精神障害者法制の歴史的考察」、181-203 頁。

<sup>6</sup> 中谷陽二「精神医療法制史からみた保護者制度」、pp.58-72。

<sup>7</sup> 中上皓「精神鑑定—その歴史的変遷と課題」、pp.1030-1042。

<sup>8</sup> 芹沢一也『〈法〉から解放される権力—犯罪、狂気、貧困、そして大正デモクラシー—』参照。

<sup>9</sup> 古畑篤胤編『東京帝国大学医学部法医学教室五十三周年史』参照。

<sup>10</sup> 例えば Foucault, *Histoire de la folie a l'age classique*, Gallimard, 1972 (邦訳: 田村淑訳『狂気の歴史』) は、自らを語る言葉を持たない非理性たる狂気が創生される現象を歴史的に記述し、さらに精神障害者の親族殺害事件の諸言説を編纂したものとして、*Moi, Pierre Riviere, ayant egorge ma mere, ma soeur et mon frere—: un cas de parricide au XIXe siecle*, (邦訳は、岸田秀=久米博『ビエール・リヴィエールの犯罪』)。

<sup>11</sup> Smith R. *Trial by Medicine: Edinburgh*; 1981。

<sup>12</sup> Harris, 'Murder and Madness'. (邦訳: 中谷陽二『殺人と狂気』(みすず書房、1997))。

<sup>13</sup> 石井良助『日本刑事法史』、pp.4-6 に従って、時代区分については次のように分類する。

上代 冠位十二階の制定された 603 (推古天皇 11) 年以前

固有法の時代であり、法と宗教の未分離な時代。

上世 603 (推古天皇 11) 年から冷泉天皇 957 (康保 4) 年までの 346 年間。飛鳥時代から平安時代前期まで。

天皇親政のもと、いわゆる公地公民の制が行われ、中国より継受された律令の行われた、いわゆる律令時代である。ここでは、法と宗教は原則として分離され、法は儒教的道徳の基礎のうえに立つべきものとされた。

中世 摂関政治が常設されるに至った冷泉天皇の 957 (康保 4) 年から応仁の乱勃発の後土御門天皇の 1467 (応仁元) 年 500 年間。平安時代後期から室町時代まで。

天皇親政及び律令の公地公民の制が衰えて、荘園が発達し、これに基づく荘園的封建制度が発達し衰えた時代。法については、律令制度が衰え、これに代わって武士の封建道徳たる「道理」に基礎がおかれたが、上代法復活の現象として、宗教との密接な関係も一部認められる。

近世 応仁の乱勃発の 1467 (応仁元) 年から 1858 (安政 5) 年までの 391 年間。戦国時代から江戸時代後期。

中世の荘園の衰えたところに発達した村落制度の上に封建制度が築き上げられた時代。法と宗教の関連は大体において断たれ、支配者によって法は道徳の基礎のうえに立つべきものとされたが、上代と異なる点は、それが非常に警察的であった点である。

近代 1858 (安政 5) 年から昭和 20 年までの 87 年間。

<sup>14</sup> 大宝律令は現存せず、その内容については『令義解』などに一部伝存する。「養老律令」中の令は「令義解」とに大部分伝存、律は一部伝存している。これは藤原不比等が撰定、藤原仲麻呂によって施行されたものである。

<sup>15</sup> 黒板勝美編『令義解』（吉川弘文館、1939）、pp.92-94.

<sup>16</sup> 昼田源四郎「日本古代と近世における狂気と犯罪」、pp. 221-223.

<sup>17</sup> 昼田源四郎「日本古代と近世における狂気と犯罪」、pp. 221-223.

<sup>18</sup> 石井良助『日本刑事法史』、pp.45-46.

<sup>20</sup> 大久保治男・茂野隆晴編『日本法制史史料 60 選』、p.40 においては、未成年者の刑罰に関して詳細な規定を見ることができる。例えば、『今川仮名目録』（今川記）（かな目録五）では、子どもが誤って子どもを殺した場合の取扱として、15 歳未満の子どもは成敗する必要はないとしている。また、『甲州法度之次第』では、第 25 条に未成年者同士の喧嘩はその父親が制止しなければならないとしており、第 26 条では被害者・加害者が 13 歳未満の未成年者の過失殺につき不処罰としていた。この、『今川仮名目録』と『甲州法度之次第』の年齢の相違について、石井良助『日本刑事法史』、pp.65-66 は、『今川仮名目録』は前時代の鎌倉幕府の法令を機械的に受け継いだものであり、そのため違法行為には厳罰でのぞんだ戦国時代には不釣り合いな刑罰がおかれたとし、したがって『甲州法度之次第』では、これを継受しながらも、年齢を引き下げることによって戦国時代的色彩を加えたとみている。

ところで、これら分国法に未成年者の刑事責任能力規定がおかれたのは、当時の一般予防的性格の極めて強い喧嘩両成敗法の影響であった。つまり、喧嘩の当事者は、事情に関わらず双方が死刑となったため、あえて未成年者については別規定をおいて、この法の適用を除外する必要があった。したがって、当時の未成年者に関する法は年齢による刑の減軽というよりは、喧嘩両成敗法の適用を制限する趣旨で法文が置かれていたのである。しかし、室町時代末期になると治安対策として未成年者の犯罪にも刑が科されるようになっていく。これに関しては石井良助『日本刑事法史』、p.58、における『室町家御内書案』1518（永正 15）年 5 月 22 日幕府意見書参照。

<sup>21</sup> 塙保己一編『続群書類従・補遺一 満濟准后日記（上）』、pp.406-407.

<sup>22</sup> 杉江董「従前の法律と精神病」、pp.21-22.

<sup>24</sup> 石井良助編『御仕置裁許帳』、p.58.

<sup>25</sup> 高柳真三『江戸時代の罪と刑罰抄説』、p.95.

<sup>26</sup> 司法省編『徳川禁令考 後聚第 4 秩』、p.61.

<sup>27</sup> 石井良助編『享保撰要類集』第一の二の一、p.57.

<sup>28</sup> 司法省編『徳川禁令考 後聚第 4 秩』、p.59.

<sup>29</sup> 高柳『江戸時代の罪と刑罰抄説』、p.97 によると、主殺親殺火附に関する規定を 1 つにまとめて、「乱気」で人を殺した規定にまとめたのは当時の将軍の考えであった。それ以前の「御仕置裁許帳」ではこれらは別犯罪として分類されている。

<sup>31</sup> 石井良助編『享保撰要類集』、p.13.

<sup>32</sup> 司法省編『徳川禁令考』後集第四、p.59.

<sup>33</sup> 石井良助編『享保撰要類集』第一の二の二五、p.67.

<sup>35</sup> この分類では時として、痙攣性疾患を 10 歳で成人と小児にわけて、前者を「癲」、後者を「癩」とすることもあった。

<sup>36</sup> 山田光胤「東洋を中心として」『現代精神医学体系 A-1』、p.162 では、中国古代医学の集積として、3 つの現存する古典を挙げている。「黄帝内経」、「傷寒論」および「金匱要略」、そして「神農本草経」がそれである。その中で「黄帝内経」は古代漢民族の自然哲学であった陰陽説と五行説をもって理論づけられている。これに対して「寒傷論」の本文はもっぱら実証的な治療であって、「黄帝内経」とは世界観を異にしている。また、「神農本草経」は、不老長寿、軽身延年をねがう神仙思想が色濃く反映している薬物書である。

<sup>37</sup> 岡田靖雄『私説松沢病院史』、pp.4-5 によると、桶伏せは、一面道人著『諸家秘法集』にみられる治法で「いたって重き乱心者は、桶をたおして 3 日間そこにいれておくべし」とある。

<sup>38</sup> 小林靖彦「日本精神医学の歴史」、p.131 によると、水治療法とは主に精神病患者を瀑布にあてる療法で、京都岩谷山志明院の飛竜の滝、同岩倉紫雲山大雲寺の不動の滝、清水寺の音羽滝、岐阜養老の滝などが有名である。

<sup>39</sup> 小林靖彦「日本精神医学の歴史」、p.130.

<sup>40</sup> 土田は江戸で 15 年間に 1,000 人以上の精神病患者の治療に携わった臨床経験を基にこれを著している。

<sup>41</sup> 橋本正己『公衆衛生現代史論』、p.86.

<sup>42</sup> Johannes Gorter, *Gezuiverde Geneeskunst*.1744 の邦訳。

<sup>43</sup> 小林靖彦「日本精神医学の歴史」、p.134。「西説内科撰要」には黙朗格里亜（メランコリア）、喜剥毘埵児（ヒポコンデル）、安吉齊齊私（アンキシイタス）、卒剥児（ゾボル）、過厄栗布尼亞（アグリブリア）、埵栗留漠（デリリウム）といった疾病名が紹介されている。

- <sup>44</sup> 橋本正己『公衆衛生現代史論』、p.86によると、E.ジェンナーによるイギリスの牛痘接種法(1798)がオランダ医師モーニッケを介して日本に導入され、これが天保2年(1849)成功し種痘所の設立を促すこととなる。
- <sup>45</sup> 小林靖彦「日本精神医学の歴史」、p.135。
- <sup>46</sup> 金子嗣郎『松沢病院外史』、p.18、岡田靖雄『私説松沢病院史』、p.8。
- <sup>47</sup> 金子嗣郎『松沢病院外史』、p.17。
- <sup>48</sup> 岡田靖雄『私説松沢病院史』、p.9。
- <sup>49</sup> 島崎藤村『夜明け前』では主人公・青山半蔵が息子によって座敷牢に幽閉されるくだりがある。
- <sup>50</sup> 北原糸子「都市における貧困と狂気」、『近代国家の解体と近代』、pp.423-424。
- <sup>51</sup> 石井紫郎・水林彪校注『法と秩序 日本近代思想体系七』、p.554。我妻栄編『日本政治裁判史録 前編』、p.538。
- <sup>52</sup> 司法省日誌第1巻、p.270。これに関しては第1部第5章でも検討している。
- <sup>53</sup> 新律綱領の頒布日については、12月20日説が通説であるが、12月26日説を採るものもある。後者については、手塚豊「新律綱領の施行に関する一考察」、『明治初期刑事法史の研究』、p.59脚注(一)以下参照。
- <sup>54</sup> 浅田和茂「限定責任能力論序説(一)」、p.522。
- <sup>55</sup> 「諸府口書第2冊第23号(No.7, 534-540)」法務図書館所蔵マイクロフィルム(Y300S1-5)に壬申年(1872年、明治5年)7月の文書に、精神障害者の殺人事件について「清律纂纂 人命律 戲殺誤殺過失殺傷人之条内瘋癲之條例」といった記述がみられる。
- <sup>56</sup> 『新律綱領 改定律例 合巻註釈』参照。
- <sup>57</sup> 浅田和茂「限定責任能力論序説(一)」、p.525。
- <sup>58</sup> 司法省指令録刑事部第32号、p.490。
- <sup>59</sup> 中谷陽二「精神医療法制史からみた保護者制度」、p.64。
- <sup>60</sup> 内閣官報局編「法令全書 第五卷ノ一 一八七二(明治五年)年」、p.465以下。
- <sup>61</sup> 沼正也「司法省指令の形成をめぐる明法寮の役割」、『財産法の原理と家族法の原理』、p.662以下、霞信彦「一八七四(明治七)年司法省第一〇号布達施行直後の伺・指令」、『明治初期刑事法の基礎的研究』、p.184以下。
- <sup>62</sup> 本来なら、『司法省日誌』掲載の指令だけではなく、原資料たる『府県伺留』・『各裁判所伺留』、および『議案類纂』中の該指令もそれぞれ対比、参照すべきであるが、本論では『司法省日誌』に限定する。原資料の分析は今後の課題としたい。
- <sup>63</sup> 『司法省日誌 第2巻』、pp.187-188。
- <sup>64</sup> 『司法省日誌 第2巻』、p.171。
- <sup>65</sup> 後の明治6年第44号福岡県伺(明治6年3月31日)に対する指令(8月29日)は、この新治裁判所に対する指令と同様な処断をなしているが、のち明治7年第174号佐賀県伺(明治7年8月3日)に対する指令(明治7年10月24日)および前者を失効させるための明治7年第175号福岡県 瘋癲人々ヲ殺傷スル者指令改正ノ達は全く逆の結論を出している。
- <sup>66</sup> 明治6年司法省日誌第39号北条県伺(明治6年2月8日)への指令(明治6年8月25日)および明治7年司法省日誌第181号三潁県伺(明治7年10月12日)への指令(明治7年11月5日)。
- <sup>67</sup> 明治6年司法省日誌第44号福岡県伺(明治6年3月31日)への指令(明治6年8月29日)、明治7年司法省日誌第141号薩摩県伺(明治7年6月28日)への指令(8月25日)、明治7年司法省日誌第174号佐賀県伺(明治7年8月3日)への指令(明治7年10月24日)および同年第182号筑摩県伺(明治7年10月10日)への指令(明治7年11月5日)。
- <sup>68</sup> 明治7年司法省日誌第22号若松県伺(明治7年1月15日)への指令(明治7年2月2日)。
- <sup>69</sup> 浅田和茂『責任能力の研究 上』、p.4以下において検討されているものである。以下、牧野英一、大場茂馬、小野清一郎、泉二新熊の学説についても、同書において論じられている。
- <sup>70</sup> 浅田和茂『責任能力の研究 上』、p.4において、これは明治40年国家医学会総会の講演であることについて既に言及している。国会医学会は、国政医学会を前身とし、ここにおいて法と医学の活発な知識の交換が行われた。国家医学会の会員名簿には岡田朝太郎、勝本勘三郎らの名前も見られるように、刑法領域からの知識の提供も盛んであった。
- <sup>71</sup> 牧野英一『日本刑法』参照。
- <sup>72</sup> 大場茂馬『刑法総論』参照。
- <sup>73</sup> 小野清一郎『刑法講義』参照。
- <sup>74</sup> 泉二新熊『日本刑法論』参照。
- <sup>75</sup> 小野清一郎『刑法講義』参照。
- <sup>76</sup> 責任論の史的展開については浅田和茂『限定責任能力の研究 上巻』、および青木紀博「責任能力の法的基礎」参照。
- <sup>77</sup> 浅田和茂『限定責任能力の研究 上巻』参照。

- <sup>78</sup> 牧野英一『刑法総論 下巻』、p.509、p.1530。
- <sup>79</sup> 青木紀博「責任能力の法的基礎」、p.18。
- <sup>80</sup> 佐伯千仞『刑法に於ける期待可能性の思想』、pp.188-398。
- <sup>81</sup> 浅田和茂『限定責任能力の研究 上』、p.5。
- <sup>82</sup> 浅田はこれを「統合ないし止揚」とし、青木紀博「責任能力の鑑定(一)」、p.57、ではこれを「対立の緩和」と呼んだ。この語句の使用が意味するところは、前者においては、こうした潮流を刑事法学の進歩とみなし、後者においては、中立的な評価を下しているようにみえる。本稿では、これを「接近」と表現するが、これは、決定論と非決定論が一点に収束する思考に対して、若干の懐疑を抱くためである。
- <sup>83</sup> 大塚仁『刑法総論 改訂版』、pp.46-49。
- <sup>84</sup> 浅田和茂「責任と予防」p.226 以下および内藤謙『刑法講義総論 1 下』、pp.742-745、および pp.762-763。
- <sup>85</sup> 平野龍一「意思の自由と刑事責任」、p.233 以下。
- <sup>86</sup> 青木紀博「責任能力の法的基礎」、p.19。
- <sup>87</sup> 平野龍一『刑法の基礎』、pp.3-68、東京、同『刑法総論 I 』pp.59-63。
- <sup>88</sup> 前田雅英『刑法総論講義 第2版』、p.81 以下、p.318 以下、林美月子『情動行為と責任能力』、pp.2-49。
- <sup>89</sup> 堀内捷三「責任論の課題」、p.171 以下。
- <sup>90</sup> 安田拓人「責任能力の判断基準について」、p.38-39 および加藤久雄『人格障害犯罪者と社会治療』参照。
- <sup>91</sup> 大谷實「責任能力と意思自由」、p.85 以下。
- <sup>92</sup> 法的責任論の立場から可罰的責任を問題とするものとして、佐伯千仞『改訂刑法講義 総論』、p.228-233。浅田和茂「責任と予防」、p.226 以下、内藤謙『刑法講義総論 I 下』、pp.742-745、pp.762-763。
- <sup>93</sup> 宮本英脩『刑法大綱 総論』、p.114-117。
- <sup>94</sup> 佐伯千仞『刑法講義(総論)』(三訂)、p.232 以下、p.240 以下。
- <sup>95</sup> 浅田和茂「責任能力論」、p.82 以下。
- <sup>96</sup> 内藤謙「刑法講義総論 責任能力(1)」、p.46 以下および pp.50-51(同内容のものとして内藤『刑法総論講義下 I 』、p.795、p.797)。
- <sup>97</sup> 浅田和茂『限定責任能力の研究 上』、p.10、浅田和茂「責任」、p.189。
- <sup>98</sup> 浅田和茂『限定責任能力の研究 下』、p.81 では、佐伯説の体系的な問題点として抽象事実の錯誤についての「可罰的符合説」、違法性の意識についての「準故意説」、量刑論における「責任-目的-刑罰」の定式を挙げたうえで以下のように説明している。

(滝本註:右浅田の批判に対して佐伯千仞『刑法講義(総論)』(三訂)、p.274 は、)「可罰的符合説」に対する批判が「理由のある批判である」とも述べており、「準故意説」(同 p.278)は、必ずしも可罰的責任の問題とはされていないが、違法性の過失を故意犯と扱う実質的根拠は、やはり可罰的責任に置かれているように思われる。「責任-目的-刑罰」の定式は、「目的を生み出した責任評価からは、一応離れて有効な手段が考慮される」等の説明(同 p.79)からすると、責任を超える刑罰の余地が残るように思われるが、他方、ドイツの代案等の消極的責任主義が好意的に紹介されており(p.81)、必ずしも明らかではない。(浅田和茂『限定責任能力の研究 下』、p.95、脚注 9)

- <sup>99</sup> 浅田和茂『限定責任能力の研究 下』、pp.82-84、および浅田「責任」、p.221、p.236 参照。
- <sup>100</sup> 浅田和茂『限定責任能力の研究 下』、p.86。
- <sup>101</sup> 浅田和茂『限定責任能力の研究 下』、p.82。「限定責任能力」は、可罰的責任以前規範的責任(非難可能性)の問題にかかるものと定義付けている。
- <sup>102</sup> 団藤重光「責任能力の本質」、p.45 以下。
- <sup>103</sup> 小野清一郎「責任能力の人間学的解明(二)」、p.122 以下。
- <sup>104</sup> 浅田和茂『限定責任能力の研究 下』、p.95、註(6)。
- <sup>105</sup> 浅田和茂『限定責任能力の研究 下』、p.82。
- <sup>106</sup> 部分的責任能力は、要素説の立場から肯定される。団藤重光「責任能力の本質」、p.38、大塚仁『刑法概説(総論)』(改訂増補版)、p.393、西原春夫『刑法総論』、p.405 など。
- <sup>107</sup> 平野龍一『刑法総論 II 』、p.288 以下。植松正『刑法概論 I 総論(再訂版)』、p.237 以下。
- <sup>108</sup> ここでは、「心神喪失と心神耗弱との差異は、障害程度の強弱にあり、前者は、事物の理非善悪を弁識する能力なくまたこの弁識に従い行動する能力のない状態をいい、後者は、右の程度には達しないが、その能力の著しく減退したものをいう。」としたうえで、「精神状態に障害があるが、普通人の有する程度の知情意三方面の精神作用を全然欠如するのではなく、ただその程度の著しく減退しているに過ぎないものは、心神耗弱に当る。」と判示した。
- <sup>109</sup> 「心神喪失とは、精神の障害により、事物の理非善悪を弁別する能力なく、またはこの弁別に従って行動する能

力のない状態をいい、心神耗弱とは、いまだ右の能力を欠如する程度には達していないが、その能力の著しく減退したものをいう。」

<sup>110</sup>「心神喪失と心神耗弱の差異は、精神障害の程度の強弱にある。」とした。

<sup>111</sup>ここでは「心神喪失と心神耗弱の差異は、精神障害の程度の強弱にある」とされた。

<sup>112</sup>「心神喪失と心神耗弱の差異は、精神障害の程度の強弱にある。」

<sup>113</sup> 浅田和茂「責任能力の判断基準」、p.163。

<sup>114</sup> 青木紀博「責任能力の鑑定(三)」、p.110。

<sup>115</sup> 『司法省日誌 第一巻』、pp.300—304。

<sup>116</sup> Veith, I., “The Far East”, in Howells ed., *The World History of Psychiatry*. BailliereTindall, 1975, p.687.

<sup>117</sup> 北原糸子「都市における貧困と狂気」、pp.423—p.424。

<sup>118</sup> 福沢諭吉「西洋事情 初編」、pp.309—310。

<sup>119</sup> 小林靖彦「日本精神医学の歴史」、p.142 および岡田靖雄『私説松沢病院史』、p.11。岡田によると、京都府癪狂院の1879(明治13)年の経理において、歳出2,910円95銭に対し歳入は1,616円86銭にすぎず、うち寄付は812円31銭をしめていたことがわかる。

<sup>120</sup> 岡田靖雄『私説松沢病院史』、p.15によると、江戸時代、老中松平定信は江戸惣町に令して町費節約の10分の7を積み金とする「七分積金」制度をはじめ(1791)。その翌年この「七分積金」所管の役所として「町会所」が江戸町民主体で運営される。明治元年、町会所の財産は官軍にひきつがれたが町会所自体は明治五年には最終的に廃止され、その財産は同年8月設立の営繕会議所(10月より「会議所」に名称変更)にひきつがれた。その事業は救貧施設の運営、修路、架橋、ガス燈、共同墓地など広範なものであった。

<sup>121</sup> 金子嗣郎『松沢病院外史』、p.58。

<sup>122</sup> 岡田靖雄『私説松沢病院史』、p.15。

<sup>123</sup> ここで、穢多・非人の呼称が1872(明治4)年に廃止になっていることは注意を要する。

<sup>124</sup> 岡田靖雄『私説松沢病院史』、p.20。

<sup>125</sup> 岡田靖雄『私説松沢病院史』、p.22、明治政府は1868(明治元)年に大阪裁判所および東京府にたいし、鰥寡孤独貧窮者の施療施設として病院を設立すべき旨の沙汰を達している。府病院について1873(明治6)年には宮内省より1万円の下賜金があり、翌年開院している。

<sup>126</sup> 金子嗣郎『松沢病院外史』、pp.64—65。東京府癪狂院の設立については、一般誌はもとより当時の医学誌にも記事を見つけないことができない。明治12年はペストが猛威をふるった年でもあり、精神医学・医療に対する専門領域での関心の薄さを示しているといえよう。精神医学が注目されるようになるのはやはり明治16年から始まる相馬事件以降となる。

<sup>127</sup> 金子嗣郎『松沢病院外史』、p.67。

<sup>128</sup> それでもなお、20世紀に入るまで、心理療法 moral treatment 以外にみるべき治療法はない。大熊輝雄『現代臨床精神医学』、p.170によると、近代的治療法の発明年は、①発熱療法(マラリア発熱法、1917)、②持続睡眠法(1920)、③インシュリン衝撃療法(1933)、④けいれん療法(1935)、⑤電気ショック療法(1939)⑥精神外科手術(前頭葉白質切截手術、1935)、および⑦精神科薬物療法(1952-)である。現在は薬物療法と補助的に電気ショックが用いられるのみで、それ以外は既に歴史的なものになっている。

<sup>129</sup> 小林靖彦「日本精神医学の歴史」、p.149。

<sup>130</sup> 竹村堅次「精神障害者」、p.115—116。

<sup>131</sup> 同章第4条は司法警察規則第3章第10条と同じ趣旨である。

<sup>132</sup> 岡田靖雄『私説松沢病院史』、p.95。

<sup>133</sup> 小林靖彦「日本精神医学の歴史」、p.149。

<sup>134</sup> 岡田靖雄『私説松沢病院史』、p.124。

<sup>135</sup> 岡田靖雄『私説松沢病院史』、p.15。

<sup>136</sup> わが国における社会や家族の精神障害者に対する根強い偏見について、白石大介『精神障害者への偏見とステイグマ』は質問票を用いた広範な統計的調査を行っている。

<sup>137</sup> ただし市区町村長で監護する場合の費用の支弁方法と追徴方法は行旅病人および行旅死亡人取扱法の規則を準用していた。

<sup>138</sup> 小林靖彦「日本精神医学の歴史」、p.149。

<sup>139</sup> 樫田五郎『日本に於ける精神病学の日乗』、p.197に、「法制局長官(法学博士梅謙次郎)は内務省と協議し、民法によりて精神病者財産は保護さるも、患者自身の保護なきは国政上の欠点なり」として「精神病者監護法」制定に至るとしている。

<sup>140</sup> 呉秀三・樫田五郎『精神病者私宅監置ノ実況及ビ其統計的觀察』参照。

<sup>141</sup> 岡田靖雄・吉岡真二・金子嗣雄・長谷川源助「私宅監置の運命」、pp.510—516。



- <sup>142</sup> 小林暉佳「精神病院と法律」、p.370。
- <sup>143</sup> 岡田靖雄『私説松沢病院史』、p.233、竹村堅次「精神障害者」、p.123。
- <sup>144</sup> 竹村堅次「精神障害者」、p.123 参考。
- <sup>145</sup> 1909(明治 42)年には、修容学院が併設される。
- <sup>146</sup> 岡田靖雄『私説松沢病院史』、p.252-253 によると、呉は「早発性痴呆」を、従来日本で採られていた分類の大部分にあてはめた。金子嗣郎『松沢病院外史』、p.69、p.79、および p.128 では、中井院長時代(明治 19 年)には、精神病者の治癒率は 40.4%、榊俣時代には 40~50%と、呉秀三時代の 20%前後のそれとくらべて高いものであったことが指摘されている。世界的に見ても 19 世紀中頃までは比較的治癒率がよく、19 世紀後半・世紀末から 1930 年代(世界大不況の前後)までは治癒率が悪いとされるが、金子はそうした社会状況をふまえながらも、「呉がクレペリン学説を輸入し、精神医学が科学として確立されて行くにつれて、内因性精神病、早発性痴呆の概念の普及とともに、精神病に対する悲観主義が支配的になっていったためであろう」と述べている。
- <sup>147</sup> 金子嗣郎『松沢病院外史』、p.75。院長制度は榊俣以前の中井常次郎院長の時代まで採られていたが、榊以降は東京大学教授が医長を兼任、病院内の実質的な決定権は医務掛長に置くという二主官制であったが、1904(明治 37)年呉の改革で院内の権限は院長一人のものとなる。
- <sup>148</sup> このなかで、『精神病者慈善救治会』は 1902(明治 35)年に呉の主唱で設立された慈善団体で、その会員は貴族、東京帝國大学医学部医師の妻たちといった当時の上流夫人が主であった。
- <sup>149</sup> しかし、呉は精神障害者の「犯罪傾向」を強調し、収容施設としての精神病院設立を唱えている。こうした一連の呉の主張については、呉秀三「癲狂院は設立は何か為に躊躇さるや」、pp.4-5、「癲狂院ニ就テ」、pp.1063-1066、および「何故に癲狂院の設立に躊躇するや」、p.14 参照。
- <sup>150</sup> 岡田靖雄『私説松沢病院史』、p.270-272。
- <sup>151</sup> 呉秀三・榊田五郎『精神病者私宅監置ノ実況及び其統計的觀察』は当時 14 万人ともいわれた精神障害者の大部分が治療なきまま私宅監置されている実体を世に知らしめた。
- <sup>152</sup> 越野好文「精神疾患治療の歴史」、こころの科学 86 号、pp.75-86。
- <sup>153</sup> 越野好文「精神疾患治療の歴史」、p.75。
- <sup>154</sup> 越野好文「精神疾患治療の歴史」、p.75。
- <sup>155</sup> 越野好文「精神疾患治療の歴史」、p.76。
- <sup>156</sup> 広瀬貞夫「精神外科」参照。
- <sup>157</sup> 越野好文「精神疾患治療の歴史」、p.76。
- <sup>158</sup> 石郷岡純「抗うつ薬 fluoxetine (Prozac)ー選択的セロトニン再取り込み阻害薬(SSRI)の誕生」、pp.437-441。
- <sup>159</sup> 中島啓「心をいやす薬の歴史」、pp. 1-16。
- <sup>160</sup> 越野好文「精神疾患治療の歴史」、p.86。
- <sup>161</sup> 精神保健福祉研究会監修『精神保健福祉法詳解 改訂第二版』、pp.8-9。
- <sup>162</sup> 精神保健福祉研究会監修『精神保健福祉法詳解 改訂第二版』、p.9。
- <sup>163</sup> 精神保健福祉研究会監修『精神保健福祉法詳解 改訂第二版』、pp.9-10。
- <sup>164</sup> 精神保健福祉研究会監修『精神保健福祉法詳解 改訂第二版』、p.10。
- <sup>165</sup> 保健所に対する技術指導援助などを行う各都道府県、精神保健に関する技術的統括・指導機関として、精神衛生センターが設けられた。
- <sup>166</sup> 精神保健福祉研究会監修『精神保健福祉法詳解 改訂第二版』、pp.10-13。
- <sup>167</sup> さらに、1965(昭和 40)年の法改正以後は社会復帰制度・施設が著しく進展し、1969(昭和 44)年には、精神障害回復者社会復帰施設要綱案を中央精神衛生審議会が答申して脱施設化・地域精神医療の中間施設の整備が図られ、1975(昭和 50)年には「精神障害回復者社会復帰施設」と「デイ・ケア施設」、1980(昭和 55)年には「精神衛生社会生活適応施設」の運営要領が示され、収容に特化しない様々な形態での施設対策が充実することとなる。
- <sup>168</sup> 同様の取り組みは、保健所においても行われ、昭和 50 年度には「精神障害者社会復帰相談指導事業」を開始、集団指導等を通して社会復帰活動に取り組んできている。また、各論的対応として、1982(昭和 57)年 8 月老人保健法の制定にともない、保健所において「老人精神衛生相談指導事業」が開始された。この他、酒害対策等の一環として各精神衛生センターにおいて「酒害相談事業」が開設されたことも、「精神障害」として包括的に扱われてきた、個別の疾病類型への個別の対応が企図された。
- <sup>169</sup> 精神保健福祉研究会監修『精神保健福祉法詳解 改訂第二版』、pp.13-15。
- <sup>170</sup> 精神保健福祉研究会監修『精神保健福祉法詳解 改訂第二版』p.15。
- <sup>171</sup> しかしながら、社会復帰対策については、その予算額は昭和 62 年度において約 6 億円であったが、平成 6 年度においては約 35 億円に増加していることは肯定的に評価しうる。保健所における精神保健相談、訪問指導及び社会復帰相談指導件数も増加しており、地域における精神保健対策の充実が求められるようになった時代が同時期であった。

<sup>172</sup> これによって、厚生省は精神保健法の施行後 5 年目に当たる 1993(平成 5)年 7 月を目標として、必要な措置を講ずるために、1992(平成 4)年 10 月から公衆衛生審議会精神保健部会において、同法の施行状況等の検証作業等を開始した。公衆衛生審議会では、その後、半年間にわたって審議が行われ、その結果、1993(平成 5)年 3 月 17 日、公衆衛生審議会の意見書が取りまとめられた。

<sup>173</sup> また、これに伴い「国、地方公共団体、医療施設又は社会復帰施設の設置者及び地域生活援助事業を行う者は、精神障害者の社会復帰の促進を図るため、相互に連携を図りながら協力するよう努めなければならない」とする規定も同様の趣旨で設けられた。

<sup>174</sup> この他、厚生大臣の指定法人として精神障害者社会復帰促進センターが設けられ、精神障害者の社会復帰施設等における処遇ノウハウの研究開発や精神障害者に対する理解を得るための啓発広報活動等を行うこととした。

<sup>175</sup> この段階において、未だ精神病質という語句が使用されていたことは注意を要する。

<sup>176</sup> この他また、治療法等の進展等を踏まえて、さらには精神障害者の社会復帰とも関連して、精神疾患を絶対的欠格事由とする資格制限が改められた。この資格制限は、従来、栄養士、調理師、製菓衛生師、診療放射線技師、けしの栽培の資格に存在していたが、これらの職業については、相対的欠格事由となった。

<sup>177</sup> 精神保健福祉研究会監修『精神保健福祉法詳解 改訂第二版』、pp.19-20。

<sup>178</sup> 障害者対策推進本部は 1982(昭和 57)年 3 月の閣議決定により設置された組織で、内閣総理大臣を本部長、内閣官房長官及び厚生大臣を副小部長とし、各省庁の事務次官を本部員とする組織で、総理府に事務局が置かれており、障害者プラン策定後、名称が障害者施策推進本部に改められている。

<sup>179</sup> 精神保健福祉研究会監修『精神保健福祉法詳解 改訂第二版』、pp.26-27。このように障害者プランには数値目標が盛り込まれており、これを踏まえて厚生省の精神保健福祉関係予算は、1995(平成 7)年度の 87 億円から 1996(平成 8)年度の 127 億円へと、40 億円もの予算が確保され、対前年比 146%の大幅増となった。

<sup>180</sup> 精神保健福祉研究会監修『精神保健福祉法詳解 改訂第二版』、p.20。身体障害者については 1949(昭和 24)年に「身体障害者福祉法」が、精神薄弱者については 1960(昭和 35)年に「精神薄弱者福祉法」が制定されたが、従来、精神障害者に対しては、精神衛生法という保健医療対策の枠組みの中で施策が行われており、1970(昭和 45)年制定の「心身障害者対策基本法」においても、医療を必要とする精神障害者は、基本法の心身障害者に含まれないと解されていた。

<sup>181</sup> しかしながら 1995(平成 7)年に精神保健法が精神保健及び精神障害者福祉に関する法律に改正されているが、同改正は、公費負担医療の保険優先や精神障害者保健福祉手帳制度の創設等を内容とするものであり、1993(平成 5)年改正法の施行後の状況を勘案したものとはいえないことから、1995(平成 7)年の法改正は 1993(平成 5)年改正法の附則に基づくものではないという整理がなされている。

<sup>182</sup> 精神保健福祉研究会監修『精神保健福祉法詳解 改訂第二版』、p.20 以下、検討が急がれた背景として、国の予算の厳しい状況の中で、これまで公費優先とされていた精神及び結核の公費負担医療を保険優先に改め、医療保険負担部分を増やして公費負担額を圧縮し、それによって生じる財源の一部を活用して、精神保健予算の充実を図ろうとしたという状況にあった。

<sup>183</sup> 改正法は、一部を除いて 1995(平成 7)年 4 月 1 日に施行され、これに併せ、精神障害者福祉についての考え方の説明や、公費負担医療の保険優先化に伴う諸般の規定の改正など、政令 1、省令 2、告示 6、通知 11 が定められた。

<sup>184</sup> 精神障害者保健福祉手帳は、施行日後に準備を進め、1995(平成 7)年 10 月 1 日から実施されている。

<sup>185</sup> 9 月には省令 1、通知 12 が定められ、地方自治体の担当者会議や実際に判定を行う判定員の医師に対する説明会などを経て、10 月から全国で受付が開始された。

<sup>186</sup> 2001(平成 13)年 12 月 25 日、読売新聞「[シリーズ精神医療] (4) 変わる精神病院」。一例として、1986(昭和 61)年の越川記念病院事件、1997(平成 9)年の大和川病院事件、1996(平成 8)年栗田病院事件、1997(平成 9)年の山本病院事件、そして 1998(平成 10)年に女性患者を庭木に縛るなどした奄美病院事件など、数多くの精神病院において人権侵害事件がおこっている。

<sup>187</sup> 精神保健福祉研究会監修『精神保健福祉法詳解 改訂第二版』、pp.33-34。

<sup>188</sup> 司法卿・江藤新平の「従来断獄庭ノ規則一定ナラス因テ今般断獄則例ヲ各裁判所ヘ頒行ス」という冒頭文からも分かるように、『断獄則例』も中央から裁判所に宛てられた職務準則であった。

<sup>189</sup> 史実については細川亀市「明治初期の刑事訴訟法制の発達」、pp.74-96、小田中聡樹「明治前期司法制度概説」、p.533-558。また『仮刑律』、『新律綱領』および『改定律例』の条文については石井紫郎・水林彪『法と秩序』によった。細川は「治罪法」以前の刑事訴訟法規について「内容において見るに足るべきものに乏しい」としながら、徳川時代の封建的「暗黒」裁判から近代的裁判への移行期において『法庭規則』および『断獄則例』が「橋渡しとしての意義」を認めている。つまり『法庭規則』では法定における「万人平等主義」がとられたこと、さらに『断獄則例』では拷問は未だ廃止されていないものの、陪席判検事や裁判所書記がおかれ、さらに訊問の方法が詳細に規定され、新聞記者や戸長の傍聴を許すなどの変化がみられた。細川はさらに『断獄則例』における一部の受刑者の

写真を撮影する制度について肯定的に評価している。

<sup>190</sup> 石井紫郎・水林彪『法と秩序』、p.6。

<sup>191</sup> 拷問の禁止は、成文上は「廃失者」にのみ適用されているが、「廃失者」より疾病程度の重い「篤失者」にも適用されると考えるのが合理的である。

<sup>192</sup> 滝本シゲ子「明治初期触法精神障害者法規の運用に関する一考察」、p.177 および pp.185-187。

<sup>193</sup> 滝本シゲ子「明治初期触法精神障害者法規の運用に関する一考察」、pp.181-183。

<sup>194</sup> 滝本シゲ子「明治初期触法精神障害者法規の運用に関する一考察」、pp.166-167、および pp.175-176 では同様の実務について鎖錮された精神障害者が寛解後は「放免」されている。

<sup>195</sup> 滝本シゲ子「明治初期触法精神障害者法規の運用に関する一考察」、pp.169-171。

<sup>196</sup> 滝本シゲ子「明治初期触法精神障害者法規の運用に関する一考察」、pp.172-173。

<sup>197</sup> 滝本シゲ子「明治初期触法精神障害者法規の運用に関する一考察」、pp.177-179。

<sup>198</sup> 司法省日誌第 20 巻、pp.189-190。

<sup>199</sup> 司法省日誌明治 9 年第 47 号。

<sup>200</sup> 『ボワソナード答問録』、p.37。

<sup>201</sup> 『ボワソナード答問録』、P.37-38。

<sup>202</sup> 『ボワソナード答問録』、P.43。

<sup>203</sup> 井上操筆記『性法講義』参照。

<sup>204</sup> 三井誠「鑑定(1)」、P.117。

<sup>205</sup> 高田義一郎編「日本法医学小史」、P.369。

<sup>206</sup> 安藤卓爾『我國裁判医学の起原及発達』、P.20。

<sup>207</sup> 高田義一郎編「日本法医学小史」、P.369。

<sup>208</sup> 高田「日本法医学小史」、P.369。

<sup>209</sup> 司法省日誌明治 9 年第 47 号。

<sup>210</sup> 古畑篤基編『東京帝國大学医学部法医学教室五十三年史』、P.4。

<sup>211</sup> 安藤卓爾『我國裁判医学の起原及発達』、P.20。

および古畑篤胤『東京帝國大学医学部法医学教室五十三年史』、P.5。

<sup>212</sup> 榊俣は 1857(安政 4)年 8 月 28 日江戸下谷に生まれる。1870(明治 3)年 14 歳の時に医学を志し、明治 5 年に東京第一中学校医学予科生となり 1880(明治 13)年、東京帝國大学医学部を卒業する。

<sup>213</sup> 牧野英一「刑事責任の概念について」において、牧野は明治期の精神鑑定について「明治大正時代は往々にして法医学者に精神鑑定を命じた例もあるが、如何に権威のある法医学者といへども、今日のごとく学問が分化し、殊に精神医学の研究は内科その他の分野とは違って、如何に医師といへども、なかなかそれを理解することは困難である。臨床医家がむずかしいものを、全然患者の診療に関与しない、基礎医学者たる法医学者に鑑定を命ずる事は精神病の診断を産科の医師に命ずるよりもなお誤診の多い事であって、爾今、精神障害性犯人の精神鑑定に当たっては必ず精神医家に担当させる事が科学の常道である所以を力説するのである」として、精神鑑定の鑑定人を精神医学専門家に限定することを主張している。

<sup>214</sup> 岡田靖雄『私説松沢病院史』、pp.140-141。

<sup>215</sup> 岡田靖雄『私説松沢病院史』、p.141。

<sup>216</sup> 近藤宗一「クロノロジーシュに見た精神医学史における呉秀三の位置」、p.9、および石井厚『精神医学疾病史』によると、まずクレペリンの教科書において、早発性痴呆(Dementia Praecox)という概念は第 4 版においてすでにでてくるが、第四版においては(また第 5 版においても)破瓜病のことを示しており、緊張狂や妄想痴呆と肩をならべている。ところが第五版になると今度はそれが素因群を抜けだし、代謝疾患にはいりこんで行く(代謝障害性疾患の項目に粘液水腫性精神病、クレチニズム、精神荒廃過程をあげ、この精神荒廃過程の中に早発性痴呆＝破瓜病、緊張病、妄想性痴呆を含めた)。近藤はこのことについて「後天的疾患として理解することを改めて考え直したためであろう」と分析している。

<sup>217</sup> 中田修「責任能力の判定に関する実際の諸問題」、p.47 以下。

<sup>218</sup> 呉秀三『精神病学集要 後編』、p.789 以下参照。

<sup>219</sup> 安藤卓爾『我國裁判医学の起原及発達』、p.21、および古畑篤胤『東京帝國大学医学部法医学教室五十三年史』、p.28。

<sup>220</sup> 呉秀三『精神病学集要 後編』、p.15 によると、明治 18、9 年に郡区医の欠員がある際の医員採用試験科目に精神病学が入っていたとされる。試験会場は東京府巢鴨病院(さきの東京府癲狂院、現在の松沢病院)であった。

<sup>221</sup> 大判明治 17 年 11 月 16 日(刑判第 29 巻、pp.67-68)。

<sup>222</sup> 司法省日誌明治 6 年第九号警保寮伺への指令(明治 6 年 7 月 19 日)。ここでは、旧来より日本では「酔人」が寛大に扱われすぎてきたことが述べられている。

<sup>223</sup> 大判明治 28 年 7 月 16 日(第 788 号、刑録 1 輯 1 巻、p.110)。

<sup>224</sup>大判明治 28 年 11 月 14 日(刑録 1 輯 4 卷、p.78)。

<sup>225</sup>大判明治 29 年 9 月 21 日(刑録 2 輯 8 卷、p.35)。

<sup>226</sup> 例えば、植松正「責任能力」、p.282、松本卓矣「精神鑑定の研究 刑事事件における精神鑑定の実証的研究」、p.14 以下。また青柳文雄「心神喪失、心神耗弱の理論と実際」、p.47 以下では、従来の裁判で安易に心神喪失、心神耗弱が認められることを批判している。

<sup>227</sup> 臼井滋夫「鑑定に対する法的評価」、p.31 以下。

<sup>228</sup> ドイツのライヒ最高裁判決(RGSt. Bd 21, ff.131)を引用しながら「根拠ある疑惑」(Begründeter Zweifel)が存在し、しかもこの根拠ある疑惑を打ち消すべき証拠が発見されぬときは無罪を言い渡すべきとする説として、臼井滋夫「鑑定に対する法的評価」、p.41 以下および 植松正「責任能力」、p.12 以下、および p.586 以下。

<sup>229</sup>この判例については浅田「わが国の刑事鑑定制度」、上野＝兼頭＝庭山編著『刑事鑑定の理論と実務』、p.97 でも検討されている。

<sup>230</sup> 庭山英雄「責任能力と鑑定」佐伯博士還暦祝賀・犯罪と刑罰(下)(昭和 43 年)p.377 以下。青木紀博「責任能力の鑑定(一)～(三)」同志社法学 35 巻 1 号、p.54 以下、35 巻 3 号、p.73 以下、および 36 巻 1・2 号、p.109 以下。

<sup>231</sup>昭和 8 年(れ)第 1449 号。

<sup>232</sup> 浅田和茂「日本の精神鑑定」、pp.94-95。

<sup>233</sup> 呉秀三『精神病鑑定例(全 3 巻)』参照。

<sup>234</sup> 呉秀三『精神病学集要 中編』、p.469 以下に「脳髓の退行的変化」として説明がなされている。

<sup>235</sup> 近藤圭造「聴訟指令二編」、p.2 の「酔人違式註違ノ事 六年第九号警保寮伺 六年七月十九日指令」参照。

<sup>236</sup> 古畑篤胤『東京帝国大学医学部法医学教室五十三史』、pp.53-54。

<sup>237</sup> 呉秀三『精神病学集要 中編』、p.210 および p.417。

<sup>238</sup> 金子嗣郎『松沢病院外史』、p.55。

<sup>239</sup> 楠俣の鑑定書(診断書)は、「遺伝歴」にはじまり「既往症」、「現在症」、「入院中経過」、「診断」の項目に分けられている。この鑑定書の全文は、金子嗣郎『松沢病院外史』pp.37-40 に掲載されている。

<sup>240</sup> 井上章一『狂気と王権』、p.30。

<sup>241</sup> 12 月 28 日付『東京日々新聞』参照。

<sup>242</sup> 岩田礼『天皇暗殺』、p.220。

<sup>243</sup> 井上章一『狂気と王権』、p.41。

<sup>244</sup> 岩田礼『天皇暗殺』、p.67 および p.252。

<sup>245</sup> 岩田礼『天皇暗殺』、p.220 は、このような、難波を「狂人」に仕立てようとする動きについて、以下のように述べている。

最高最大の神聖なる皇族に危害を加えようとする者があるときは、たちまちにしてそれを狂人扱いにする。絶対者に対する冒瀆が正常なる『赤子』によって行われたとしたら、彼らが必死に擁護する天皇(制)の崩壊はもちろん彼らがしがみついている権力の座がたちまちにして瓦解するからである。それを極力避けるためにも、犯罪者は正常人であってはならない。『権力裁判』という拷問にかけて狂人に仕立て、世間の目をくらませねばならなかった。

<sup>246</sup> 井上章一『狂気と王権』、p.15。

<sup>247</sup> 昭和 11 年 9 月 25 日『朝日新聞』。

<sup>248</sup> 植松正「責任能力」p.282、松本卓矣「精神鑑定の研究 刑事事件における精神鑑定の実証的研究」、p.14、および青柳文雄「心神喪失、心神耗弱の理論と実際」、p.47 以下。

<sup>249</sup> 滝本シゲ子「明治初期触法精神障害者関連法規の運用に関する一考察」参照。

<sup>250</sup> 前田雅英『刑法の基礎(総論)』、p.222 以下、同『刑法総論講義』、p.322 以下。

<sup>251</sup> 浅田和茂「わが国の刑事鑑定制度」、p.85。

<sup>252</sup> 庭山英雄「責任能力と鑑定」、p.377。

<sup>253</sup> 三井誠「鑑定(一)」、p.117。

<sup>254</sup> 三井誠「鑑定(一)」、p.115。

<sup>255</sup> 三井誠「鑑定(一)」、p.121。..

<sup>256</sup> 三井、法学教室 203 号。..

<sup>257</sup> 前掲、三井「鑑定(一)」、p.115。

<sup>258</sup> 前掲、三井「鑑定(一)」、p.115。

- <sup>259</sup> 量刑の資料として鑑定が被疑者のいわゆる不利益証拠として使用された判例について検討したものとして拙稿「精神鑑定と量刑 p117 以降。
- <sup>260</sup> 例えば宮崎哲也「心身喪失による不処罰条項は廃止せよ! (異見あり)」週刊文春 41 巻 2 号 (1999)、佐藤直樹「刑法三九条の刑法典からの削除を」精神医療 26 号 (2002)、pp.52-59。
- <sup>261</sup> 前掲、三井「鑑定(一)」、116 頁。
- <sup>262</sup> 平野龍一『刑事訴訟法』(有斐閣、一九五八)、p 二〇三。
- <sup>263</sup> 前掲、三井「鑑定(一)」、p116。
- <sup>264</sup> 前掲、三井「鑑定(一)」、p116。
- <sup>265</sup> 前掲、三井「鑑定(一)」、p117。
- <sup>266</sup> 前掲、三井「鑑定(一)」、pp.115-116。
- <sup>267</sup> 法学教室 198 号 p92。
- <sup>268</sup> 法学教室 221 号 p114。
- <sup>269</sup> 法学教室 221 号 p114。
- <sup>270</sup> 植村秀三『刑事責任能力と精神鑑定』、pp.588-589。
- <sup>271</sup> 平野龍一『刑事訴訟法』pp.201-203。
- <sup>272</sup> 臼井滋夫「鑑定に対する法的評価—精神鑑定についての若干の考察—」警察学論集一四巻七号(一九六一)、四六頁。
- <sup>273</sup> RGSt. Bd 21, ff.131
- <sup>274</sup> 前掲、臼井「鑑定に関する法的評価」、p41 以下。
- <sup>275</sup> 井上正治『刑事訴訟法講座 第 2 巻』p148。
- <sup>276</sup> 庭山英雄「責任能力と鑑定」pp.377-78。
- <sup>277</sup> 井上正治「鑑定」参照。
- <sup>278</sup> 庭山英雄「責任能力と鑑定」参照。
- <sup>279</sup> 平野龍一「刑事訴訟における推定」参照。
- <sup>280</sup> 浅田和茂「刑事訴訟に於ける鑑定人の地位について」参照。
- <sup>281</sup> 通説的な鑑定発動過程については、浅田和茂「わが国の刑事鑑定制度」、pp.86-87 および青木。
- <sup>282</sup> 三井誠「鑑定(二)」参照。
- <sup>283</sup> 三井誠「鑑定(二)」、p.113。
- <sup>284</sup> 傍論ではあるが、最判昭和 25 年 1 月 13 日刑集 4 巻 1 号 12 頁は、被告人の犯行当時における精神状態に関して疑いがあれば専門家の認定を俟つべきであり、この方法を講ぜずに精神状態に関して判定するときは、経験則違背として違法の裁判とたるともであると判示する
- <sup>285</sup> 三井誠「鑑定(二)」参照。
- <sup>286</sup> 吉岡述直『刑事証拠上における血液型の価値—弘前大学医学部教授夫人殺し事件—』、p.28。
- <sup>287</sup> 浅田和茂「わが国の刑事鑑定制度」、p.92。平場等『註解刑事訴訟法上』、p.477。
- <sup>288</sup> 尚、浅田「わが国の刑事鑑定制度」、p.93-94 において、ドイツにおける(1)宣誓の方式と(2)虚偽鑑定罪の範囲に関する議論が紹介されている。(1)については事後宣誓、任意的宣誓、一般的宣誓の援用の 3 方式がそれぞれある。任意的宣誓とは、宣誓の有無を裁判所の裁量に委ねるが、当事者からの申立があれば、必要的宣誓を行わなければならない。一般的宣誓の援用とは、裁判所において一般的に宣誓ずみの鑑定人に関するものである。これらは、鑑定人を選任する便宜のために創出された方法であるが、その權威性が指摘されている。(2)については日本刑法 171 条の虚偽鑑定罪との関係で、宣誓の効力がどの範囲まで及ぶのかが問題になる。鑑定命令にある鑑定事項について宣誓するのであるから、それ以外の事項については、その虚偽がひいては鑑定事項の虚偽を導いている場合(すなわち鑑定事項の虚偽)に限って問題になるであろう。ドイツ法において「宣誓は……いわゆる補足事実(鑑定人がその委託外に認定した事実で証人により導入されかつ証人宣誓により与効されるべき事実)を包含しない」と解されていることが、参考になろう。
- <sup>289</sup> 浅田和茂「わが国の刑事鑑定制度」、p.94、青木「責任能力と鑑定(二)」、p.80..
- <sup>290</sup> 浅田和茂「わが国の刑事鑑定制度」、p.93。
- <sup>291</sup> 一例として青木紀博「責任能力と鑑定(一)」、p.59。
- <sup>292</sup> 浅田和茂『刑事責任能力の研究 下巻』、p.210。
- <sup>293</sup> 浅田和茂「わが国の刑事鑑定制度」、p.99-100。同様の鑑定費用の敗訴者負担についての批判は、民事訴訟法領域でも議論されているところである。
- <sup>294</sup> 植松、植村、臼井。
- <sup>295</sup> 臼井滋夫「鑑定に対する法的評価—精神鑑定についての若干の考察—」警察学論集第 14 巻 7 号、p.46。

---

<sup>296</sup> 団藤重光「自由心証主義」、『刑事法講座六卷』、p1124。

<sup>297</sup> 光藤景皎「自由心証主義の現代的意義」、同『刑事証拠法の新展開』、pp.14－28、および佐伯千仞「刑事裁判における自由心証の頽廃とその対策」、同『陪審裁判の復活』、p.98 以下。

<sup>298</sup> 三井誠「鑑定(二)」、114 頁。

<sup>299</sup> 田辺公二『事実認定の研究と訓練』、249 頁。同書、182 頁以下で は「鑑定人制度改革の試み」と題する章において、ニューヨーク州の鑑定人選任制度として医師会推薦リストに基づく鑑定人の活用とその成功があげられている。

<sup>300</sup> 梅善夫「科学裁判と鑑定」、102 頁では「鑑定人になることに消極的な学識経験者側の問題」があるとして、梅の指摘する(1)「鑑定人となるべき者の自覚の問題」の他、その他一般に指摘されている理由として、(2)資料を読むのに時間がかかること、(2)「鑑定人尋問等法廷の雰囲気」、(3)鑑定書の書き方、(4)鑑定事項の選び方の問題(鑑定事項の配列あるいは中味における重複・矛盾等)、(5)医療過誤訴訟では特に学閥の問題が挙げられている。これらについては、加藤一郎＝鈴木潔監修『医療過誤紛争をめぐる諸問題』(法曹会、一九七八)30 頁以下にも述べられている。

<sup>301</sup> 前掲書、加藤＝鈴木監修、317 頁。

<sup>302</sup> 前掲、梅、102 頁。

<sup>303</sup> 梅善夫「民事訴訟における鑑定人の忌避について」。

<sup>304</sup> 司法制度改革審議会「司法制度改革審議会意見書—21 世紀の日本を支える司法制度—」参照。

# BIBLIOGRAPHY

DP-2010-J-003 および DP-2010-J-004 共通

## A

- Adylot, *L'expertise comptable judiciaire* . Presses Universitaires de France ( 1978 )
- 赤池一将「フランスにおける触法精神障害者問題の法的枠組みと政策対応」、法律時報 74 巻 2 号 ( 2002 )
- 秋葉悦子「処遇困難者施設について—フランスの制度との比較法的考察」、上智法学論集 35 巻 3 号 ( 1992 )
- 秋葉悦子「触法精神障害者」の治療と社会復帰—フランスの状況—、法と精神医療 12 号 ( 1998 )
- American Psychiatric Association 編『DSM-IV-TR 精神疾患の診断・統計マニュアル[新訂版]』（医学書院、2004）
- 安藤卓爾「我國裁判医学の起原及発達」、国家医学会雑誌 57 号 ( 1892 )
- 青木紀博「責任能力の鑑定(一)」、同志社法学 35 巻 1 号 ( 1983 )
- 青木紀博「責任能力の鑑定(二)」、同志社法学 35 巻 3 号 ( 1983 )
- 青木紀博「責任能力の鑑定(三)」、同志社法学 36 巻 1・2 号 ( 1984 )
- 青木紀博「責任能力の法的基礎」、『司法精神医学(精神鑑定)』（中山書店、1998）所収
- 青柳文雄「心神喪失、心神耗弱の理論と実際」、法曹時報 7 巻 1 号 ( 1955 )
- 荒川正三郎「フランス刑事訴訟における鑑定について」、判例タイムズ 16 巻 11 号 (1965)
- 浅田和茂「刑事訴訟に於ける鑑定人の地位について」、関西大学法学論集 22 巻 1 号 ( 1971 )
- 浅田和茂「わが国の刑事鑑定制度」、上野＝兼頭＝庭山『刑事鑑定の理論と実務』（成文堂 1977）所収
- 浅田和茂「日本の精神鑑定」、上野＝兼頭＝庭山『刑事鑑定の理論と実務』（成文堂、1977）所収
- 浅田和茂「責任能力の判断基準」、一九七八(昭和五三)年度重要判例解説 ( 1979 )
- 浅田和茂「限定責任能力論序説(一)」、大阪市立大学法学雑誌 28 巻 ( 1981 )
- 浅田和茂『限定責任能力の研究 上巻』（成文堂、1983）
- 浅田和茂「責任」、中義勝＝吉川経夫＝中山研一『刑法(1)(総論)』（蒼林社、1984）所収
- 浅田和茂「責任能力の判断基準」、法セミ 363 号 ( 1985 )
- 浅田和茂『科学捜査と刑事鑑定』（有斐閣、1994）
- 浅田和茂「責任と予防」、阿部純二他『刑法基本講座 第3巻』（法学書院、1994）所収
- 浅田和茂「責任能力と鑑定」、『新・生きている刑事訴訟法』佐伯幸寿（成文堂、1997）所収
- 浅田和茂『刑事責任能力の研究 下巻』（成文堂、1999）
- 浅田和茂「責任能力論」、『刑事責任能力の研究 下巻』（成文堂、1999）所収
- Aydalot M., *L'expertise comptable judiciaire* , Presses Universitaires de France ( 1962 )

## B

- Beccaria , *Dei delitti e delle pene* , Rizzoli ( 1950 )
- Besson, Rapport sur le projet d'expertise', *Le projet de réforme de la procédure pénale*, Librairie Dalloz ( 1956 )
- Besson , *Le projet de réforme de la procédure pénale* , Dalloz ( 1958 )
- Bigorre, Alien, *L'admission du malade mentale dans les établissements du soin de 1789 à 1838* , Thèse présentée à la Faculté mixte de Médecine et de pharmacie de Dijon, et soutenue publiquement le 15 décembre 1867 ( 1867 )

## D

- 団藤重光「自由心証主義」、『刑事法講座六卷』（有斐閣、1953）所収
- 団藤重光「責任能力の本質」、『法律学講座Ⅲ 責任』（有斐閣、1963）所収
- Doll, *La réglementation de l'expertise en matière penal*, L.G.d.J.(1969)

## E

- 江口三角「フランス新古典学派の刑法思想」、『団藤重光博士古稀祝賀論文集. 第1巻』（有斐閣、1983）所収
- 江口三角「オルトランの刑法学」、『変動期の刑事法学：森下忠先生古稀祝賀. 上巻』（成文堂、1995）所収

## F

- Fischer-Homberger, L. , 'Germany and Australia' in Howells, J. G.(ed.), *World History of Psychiatry*, Bailliere Tindall ( 1975 )
- Foucault , *Histoire de la folie a l'age classique* , Gallimard ( 1972 )
- Michel Foucault et autres, *Moi, Pierre Riviere, ayant egorge ma mere, ma soeur et mon frere-- : un cas de parricide au XIXe siecle*, Gallimard, 1973.
- 福沢諭吉「西洋事情 初編」、『福沢全集 第一巻』（岩波書店、1883）所収
- 古畑篤胤 編『東京帝国大学医学部法医学教室五十三歳史』（東京大学医学部法医学教室、1943）

## G

- Gasparin, *Rapport au Roi sur le hôpitaux, les hospices et les services et les service de bienfaisance* , Imprimerie royale ( 1837 )
- Gorter, Johannes , *Gezuiverde Geneeskunst* ( 1744 )



## H

- 濱田秀伯＝神山園子「精神医学の歩み」、こころの科学 86 号（1999）
- Harris R. , *Murders and Madness. Medicine, Law, and Society in the fin de siecle* , Oxford University Press (1989)
- 橋本正己『公衆衛生現代史論』（光生館、1981）
- 林美月子『情動行為と責任能力』（弘文堂、1991）
- 平場安治等『註解刑事訴訟法・上』（青林書院新社、1982）
- 平野龍一『刑事訴訟法』（有斐閣、1958）
- 平野龍一『刑法の基礎』（東京大学出版会、1966）
- 平野龍一『刑法総論Ⅰ』（有斐閣、1972）
- 平野龍一『刑法総論Ⅱ』（有斐閣、1983）
- 平野龍一「刑事訴訟における推定」、法学協会雑誌 74 巻 3 号（1957）
- 平野龍一「意思の自由と刑事責任」、『尾高追悼』（有斐閣、1963）所収
- 平野泰樹『近代フランス刑時法における自由と安全の史的展開』（現代人文社、2002）
- 広瀬貞夫「精神外科」、『現代精神医学体系 5B・精神科治療学Ⅱ』（中山書店、1977）所収
- 昼田源四郎「日本古代と近世における狂気と犯罪」、中谷陽二『精神障害者の責任能力』（金剛出版、1993）所収
- 塙保己一 編『続群書類従・補遺一 満濟准后日記(上)』（続群書類従完成会、1975）
- 法務大臣官房司法法制調査部編 編『フランス刑事訴訟法典』（法曹会、1999）
- 堀内捷三「責任論の課題」、芝原邦爾他『刑法理論の現代的展開総論Ⅰ』（日本評論社、1988）所収
- 細川亀市「明治初期の刑事訴訟法制の発達」、法学志林 41 巻 6 号（1939）

## I

- 池見猛『精神障害性犯罪の刑事学的研究』（池見経理学校、1962）
- 池見猛『精神障害性犯罪の刑事責任』（文久書林、1966）
- 井上正治『刑事訴訟法講座 第2巻』（有斐閣、1964）
- 井上操筆記『性法講義』（博聞社、1880）
- 井上章一『狂気と王権』（紀伊国屋書店、1995）
- 井上正治「鑑定」、『刑事訴訟法講座二』（有斐閣、1964）所収
- 石郷岡純「抗うつ薬 fluoxetine (Prozac)－選択的セロトニン再取り込み阻害薬(SSRI)の誕生」、臨床精神薬理 1 巻(1998)
- 石井厚『精神医学疾病史』（金剛出版、1981）
- 石井良助『刑罰の歴史』（日本評論社、1952）
- 石井良助『日本刑事法史』（創文社、1976）
- 石井紫郎・水林彪『法と秩序』（岩波書店、1990）

- 石井紫郎・水林彪校注『法と秩序 日本近代思想体系七』（岩波書店、1992）
- 石井良助 編『享保撰要類集（近世史料叢書別編）』（弘文堂、1944）
- 石井良助 編『御仕置裁許帳（近世法制史料叢書）』（創文社、1959）
- 岩田礼『天皇暗殺』（図書出版社、1980）

## K

- 影山任佐「フランスにおける刑事精神鑑定について」、精神医学 20 卷 12 号（1978）
- 鴨良弼『刑事証拠法』（日本評論者、1962）
- 金子嗣郎『松沢病院外史』（日本評論社、1982）
- Kant, I., *Anthropologie* (Kant's gesammelte Schriften : herausgegeben von der Koniglich Preussischen Akademie der Wissenschaften; Bd. 15 ; Abt. 3 . Kant's handschriftlicher Nachlass ; Bd. 2) , W. de Gruyter (1923)
- Kant, I., 'Von der Macht des Gemuths durch den blossen Vorsatz seiner Krankhaften Gefühle Meister zu sein', *The Origins of psychology : a collection of early writings Vol. 1* , Alan R. Liss (1975)
- 笠原嘉「米国の新しい診断基準 DSM-Ⅲをめぐって」、精神誌 83 卷 10 号（1981）
- 樫田五郎「日本に於ける精神病学の日乗」、呉秀三・樫田五郎『精神病者私宅監置ノ実況及び其統計的観察』（内務省衛生局、1918）所収
- 霞信彦「一八七四(明治七)年司法省第一〇号布達施行直後の伺・指令」、『明治初期刑事法の基礎的研究』（慶應義塾大学法学研究会、1990）所収
- 加藤久雄「わが国における精神障害者法制の歴史的考察」、大谷実・中山宏太郎『精神医療と法』（弘文堂、1980）所収
- 加藤久雄『人格障害犯罪者と社会治療』（成文堂、2002）
- 加藤一郎＝鈴木潔監修『医療過誤紛争をめぐる諸問題』（法曹会、1978）
- 吉川恒夫(訳)『ボアソナード答問録』（法政大学、1978）
- 北原糸子「都市における貧困と狂気」、『近代国家の解体と近代』（塙書房、1979）所収
- 黒板勝美編『令義解』（吉川弘文館、1939）
- 小林暉佳「精神病院と法律」、『病院精神医療の展開』（医学書院、1989）所収
- 小林靖彦「日本精神医学の歴史」、『精神医学総論 I 第一巻 A』（中山書店、1979）所収
- 近藤圭造『聴訟指令二編』（1875）
- 小西吉呂「フランスにおける刑事責任能力論：責任能力基準の問題を中心にして」、法と政治 33 卷 3 号（1982）
- 小西吉呂「フランス刑法における責任能力論の変遷と限定責任能力問題：19 世紀を中心にして」、法と政治 36 卷 1 号（1985）
- 小西吉呂「フランスにおける精神病者の刑事「責任化(responsabilisation)」をめぐる動向：ボンセラ論文を契機として」、法と政治 38 卷 1 号（1987）
- 小西吉呂「フランスにおける触法精神障害者問題をめぐる立法史的展開(1)」、冲大法学 16 号（1995）

- 小西吉呂「フランスにおける触法精神障害者問題をめぐる立法史的展開(2)」、*沖大法学* 17 号 ( 1996 )
- 小西吉呂「フランスにおける触法精神障害者問題をめぐる立法史的展開(3)」、*沖大法学* 18 号 ( 1996 )
- 近藤宗一「クロノローギッシュに見た精神医学史における呉秀三の位置」、*精神医学* 7 巻 6 号 ( 1965 )
- 越野好文「精神疾患治療の歴史」、*こころの科学* 86 号 ( 1999 )
- 呉秀三『精神病学集要 後編』( 精神医学神経学古典刊行会 復刻版 、1973 )
- 呉秀三『精神病学集要 中編』( 精神医学神経学古典刊行会 復刻版 、1973 )
- 呉秀三『精神病鑑定例(全三巻)』( 精神医学神経学古典刊行会 、1975 )
- 呉秀三「癲狂院ニ就テ」、*中外醫事新報* 324 号 ( 1894 )
- 呉秀三「癲狂院は設立は何か為に躊躇さるや」、*医海時報* 394 号 ( 1902 )
- 呉秀三「何故に癲狂院の設立に躊躇するや」、*日本医事新報* 565 号 ( 1906 )

## L

- Laingui, Andre , *La Responsibilite penale dans l'ancien droit (XVIe-XVIIIe siecle)* , Librairie generale de droit et de jurisprudence ( 1970 )
- Léauté , 'Les principes généraux relatif aux droits e la defence' , *Révue de droit pénal et de criminologie* ( 1953 )

## M

- 前田雅英『刑法の基礎(総論)』、( 有斐閣 、1993 )
- 前田雅英『刑法総論講義 第2版』、( 東京大学出版会 、1994 )
- 前田雅英『刑法総論講義』、( 東京大学出版会 、1998 )
- 牧野英一「刑事責任の概念について」、*国家医学会雑誌* 251 号 ( 1909 )
- 牧野英一『日本刑法』、( 有斐閣 、1928 )
- 牧野英一『刑法総論 下巻』、( 有斐閣 、1959 )
- 丸田俊夫「Diagnostic and Statistical Manual III (D.S.M III)新しい米国精神医学診断基準」、*精神医学* 20 巻 10 号 ( 1978 )
- Martin et Legueut, L'expertise médico-légale, p.100, Doll, ibid.○
- 松本卓矣「精神鑑定の研究-刑事事件における精神鑑定の実証的研究」、*法務研究報告書*第44集第1号 ( 1956 )
- Merle et Vitu , *Traité de droit criminel tomell procédure penale* , Éditions Cujas ( 2001 )
- 光藤景皎「自由心証主義の現代的意義」、『刑事証拠法の新展開』( 成文堂 、2001 ) 所収
- 三井誠「筆跡鑑定」、*法学教室* 203 号 ( 1997 )
- 三井誠「鑑定(1)」、*法学教室* 第 228 号 ( 1999 )
- 三井誠「鑑定(2)」、*法学教室* 229 号 ( 1999 )
- 三井誠「鑑定(3)」、*法学教室* 230 号 ( 1999 )
- 三井誠「証拠裁判主義」、*法学教室* 198 号 ( 1999 )

- 三井誠「証人尋問」、法学教室 221 号 ( 1999 )
- 宮本英脩『刑法大綱 総論』、( 弘文堂 、 1932 )
- 宮崎哲也「心身喪失による不処罰条項は廃止せよ!(異見あり)」、週刊文春 41 巻 2 号 ( 1999 )
- Mohr, James, *Doctors and the Law; Medical jurisprudence in nineteenth-century America*, John Hopkins University Press (1993)
- Montesquieu , *Lettres persanes* , Gallimard ( 1973 )
- 森下忠「フランスの異常犯罪者法」、『刑事政策の新展開』( 有信堂 、 1968 ) 所収
- 泉二新熊『日本刑法論』(有斐閣 、 1920 )

## N

- 内閣官報局 編『法令全書 第五巻ノ一』( 原書房 復刻版 、 1872 )
- 内藤謙「刑法講義総論 責任能力(1)」、法学教室 巻 70 号 ( 1986 )
- 内藤謙『刑法講義総論 1 下』、( 有斐閣 、 1991 )
- 内藤謙『刑法総論講義下 I 』、( 有斐閣 、 1998 )
- 中田修「精神鑑定の実際」、懸田克躬,=武村信義=中田修『司法精神医学(現代精神医学大系二四)』( 中山書店 、 1976 ) 所収
- 中上皓「精神鑑定—その歴史的変遷と課題」、精神医学 41 巻 10 号 ( 1999 )
- 中島啓「心をいやす薬の歴史」、ファルマシアレビュー 10 巻 号 ( 1983 )
- 中田修「責任能力の判定に関する実際の諸問題」、『現代精神医学体系第二四巻《司法精神医学》』( 中山書店 、 1976 ) 所収
- 中谷陽二「精神医療法制史からみた保護者制度」、法と精神医療 10 号 ( 1996 )
- 日本史籍協会 編『司法省日誌 1〜20』( 東京大学出版会 、 1983-1985 )
- 西原春夫『刑法総論』、( 成文堂 、 1977 )
- 庭山英雄「責任能力と鑑定」、佐伯遷暦・『犯罪と刑罰(下)』( 有斐閣 、 1968 ) 所収
- 沼正也「司法省指令の形成をめぐる明法寮の役割」、『財産法の原理と家族法の原理』( 三和書房 、 1960 ) 所収

## O

- 大場茂馬『刑法総論』(中央大学 、 1912 )
- 小田中聡樹「明治前期司法制度概説」、我妻栄他編『日本政治裁判史録 前編』(第一法規、1968)所収
- 岡田靖雄・吉岡真二・金子嗣雄・長谷川源助「私宅監置の運命」、精神医学 7 巻 ( 1965 )
- 岡田靖雄『私説松沢病院史』(岩崎学術社 、 1981)
- 大久保治男・茂野隆晴 編『日本法制史史料 60 選』( 芦書房 、 1998 )
- 大熊輝雄『現代臨床精神医学』( 金原出版 、 1980 )
- 小野清一郎『刑法講義』( 有斐閣 、 1933 )
- 小野清一郎「責任能力の人間学的解明(二)」、ジュリスト 368 号 ( 1967 )

- Ortolan , *Elements de droit penal, penalite, juridictions, procedure, 4e ed* 。E. Plon ( 1875 )
- 大塚仁『刑法総論 改訂版』( 有斐閣、1963 )
- 大塚仁『刑法概説(総論)〔改訂増補版〕』( 有斐閣、1992 )
- 大谷實「責任能力と意思自由」、『刑事責任の基礎』( 成文堂、1968 ) 所収
- 大谷實「責任能力の判定」、刑訴法判例百選〔第五版〕( 1986 )

## P

- Pradel, Jean, *Procédure pénale, 8ème éd.* , Éditions CUJAS ( 1995 )
- Pradel , 'L'expertise psychiatrique' in Frison-Roche et Mazeud(ed.), *L'expertise*, Dalloz ( 1995 )

## R

- Rassat, Michèle-Laure, *Procédure pénale, 8ème éd.* , Presses Universitaires de France ( 1995 )
- Smith, Roger, *Trial by Medicine; Insanity and Responsibility in Victorian Trials* , Edinburgh ( 1981 )
- Rosselinelli G., 'Loi Perben an II: paradoxes et évolutivité de la psychiatrie légale' , *L'Information Psychiatrique* vol. 80 ( 2004 )

## S

- 佐伯千仞『刑法に於ける期待可能性の思想』( 有斐閣、1947 )
  - 佐伯千仞『改訂刑法講義 総論』( 有斐閣、1974 )
  - 佐伯千仞『刑法講義(総論) 三訂』( 有斐閣、1977 )
  - 佐伯千仞「刑事裁判における自由心証の頽廃とその対策」、『陪審裁判の復活』(第一法規、1996 )
- 所収
- 佐々木史朗「刑事鑑定の手続上の諸問題」、『刑事裁判の諸問題』宮本還暦 ( 弘文堂、1943 ) 所収
  - 佐藤直樹「刑法三九条の刑法典からの削除を」、精神医療 26 号 ( 2002 )
  - 沢登俊雄「予審の機能」、刑法雑誌 29 巻 4 号 ( 1989 )
  - 沢登佳人「フランス刑事訴訟法における「判決手続と訴追・予審との機能分離の原則」と「陪審制度・自由心証主義および口頭弁論主義の一体不可分性」」、法政理論 16 巻 2 号 ( 1984 )
  - 沢登佳人他『刑事訴訟法史』、( 風媒社、1970 )
  - Screvens, Raymond, 'Réflexion sur l'expertise en matière pénale', *Révue de droit pénal et de criminologie* ( 1964 )
  - 精神保健福祉研究会監修『精神保健福祉法詳解 改訂第二版』、( 中央法規出版、2002 )
  - 芹沢一也『〈法〉から解放される権力:犯罪、狂気、貧困、そして大正デモクラシー』( 新曜社、2001 )
  - 司法制度改革審議会「司法制度改革審議会意見書:21 世紀の日本を支える司法制度」( 2001 )
  - 司法省 編『徳川禁令考 後聚第 4 秩』( 司法省、1894 )
  - 島崎藤村『夜明け前 第 1 部(上)(下)第 2 部(上)(下)』、( 岩波書店、2003 )

- 新堂幸司『新民事訴訟法』（弘文堂、2004）
- 白石大介『精神障害者への偏見とスティグマ』（中央法規出版、1994）
- 白取祐司「予審改革に関するフランス1897年法律の制定過程」、札幌学院法学 5 巻 2 号（1989）
- 白取祐司「憲法・刑事手続・予審:フランス法研究の視座 1」、北大法学論集 41 巻 2 号（1990）
- 白取祐司「フランス刑事手続における防御権概念の成立」、高見勝利編『人権論の新展開』（北海道大学図書刊行会、1999）所収
- Smith, Rodger, *Trial by Medicine*, Edinburgh（1981）
- ステファニールヴァスール＝ブーロック（沢登他訳）『フランス刑事訴訟法』（成文堂、1982）
- 杉江堇「従前の法律と精神病」、神経学雑誌
- 鈴木茂嗣・平場他『注解刑事訴訟法中巻〔全訂新版〕』（青林書院新社、1982）

## T

- 多賀茂「奪われた狂人たち」、思想 938 号（2002）
- 田口寿子「触法精神障害者対策の現状と問題点(4・完)」、現代刑事法 43 号（2002）
- 高田義一郎「日本法医学小史」、高田義一郎『法医学』（克誠堂書店、1917）所収
- 高橋三郎、塩入俊樹「起訴前簡易鑑定とDSM診断:52事例の経験」、精神医学 45 巻 2 号（2003）
- 高内寿夫「フランス刑事訴訟法における予審の機能(1):予審制度の成立と展開」国学院法政論叢 12 号（1991）
- 高内寿夫「フランス刑事訴訟法における予審の機能(2):予審制度の成立と展開」、国学院法政論叢 13 号（1992）
- 高内寿夫「フランス刑事訴訟法における予審の機能(3):予審制度の成立と展開」、国学院法政論叢 14 号（1993）
- 高内寿夫「フランス刑事訴訟法における予審の機能(4):予審制度の成立と展開」、国学院法政論叢 15 号（1994）
- 高内寿夫「フランス刑事訴訟法における予審の機能(5):予審制度の成立と展開」国学院法政論叢 16 号（1995）
- 高内寿夫「予審の視点の再評価:公判審理から見た捜査」、刑法雑誌 35 巻 3 号（1996）
- 高柳真三『江戸時代の罪と刑罰抄説』（有斐閣、1976）
- 竹村堅次「精神障害者」、『戦前戦中期における障害者福祉対策』（財団法人社会福祉研究所、1990）所収
- 滝川幸辰「犯罪論序説(改訂版)」、団藤重光『滝川幸辰刑法著作集第二巻』（世界思想社、1982）所収
- 滝本シゲ子「明治初期触法精神障害者法規の運用に関する一考察」、犯罪と刑罰 14 号（2000）
- 滝本シゲ子「精神鑑定と量刑」、龍谷大学矯正・保護研究センタ研究年報 1 号（2004）
- 田辺公二「鑑定人制度改革の試み」、『事実認定の研究と訓練』（弘文堂、1956）所収
- 手塚豊「新律綱領の施行に関する一考察」、『明治初期刑事法史の研究』（慶応大学法学研究会、1965）所収

- 梅善夫「科学裁判と鑑定」、中野貞一郎『科学裁判と鑑定』（日本評論社、1988）所収

## U

- 内田博文「フランスの刑事鑑定制度」、上野＝兼頭＝庭山『刑事鑑定の理論と実務』（成文堂、1977）所収
- 宇田川玄随「西説内科撰要」、杉本つとむ『宇田川玄随随筆集 1、2』（早稲田大学出版部、1995（初版は1793））所収
- 植松正「責任能力」、『刑事法講座第二巻』（有斐閣、1952）所収
- 植松正『刑法概論Ⅰ総論〔再訂版〕』（成文堂、1974）
- 植村秀三「刑事責任能力と精神鑑定」、司法研究報告書 8 巻 7 号（1956）
- 上野芳久「フランス刑法改正の歴史（資料）」、相模工業大学紀要 21 巻 1 号（1983）
- 臼井滋夫「鑑定に対する法的評価—精神鑑定についての若干の考察—」、警察学論集 14 巻 7 号（1961）

## V

- Veith, I., 'The Far East' in Howells (ed.), *The World History of Psychiatry*, BailliereTindall（1975）

## W

- 我妻栄他 編『日本政治裁判史録 前編』（第一法規、1968）

## Y

- 山田光胤「東洋を中心として」、『現代精神医学体系 A-1 一』（中山書店、1979）所収
- 安田拓人「責任能力の判断基準について」、現代刑事法第 4 巻 4 号（2002）
- 吉川経夫「フランスの保安処分」、日本刑法学会編『保安処分の研究』（有斐閣、1958）所収
- 吉岡述直『刑事証拠上における血液型の価値—弘前大学医学部教授夫人殺し事件—』（法務研修所、1952）

## Z

- ジルボーグ『医学的心理学史』（みすず書房、1958）